



Universiteit
Leiden
The Netherlands

annotatie bij Rb. Amsterdam 2 februari 2005 (Staat vs. Kijkshop)
Visser, D.J.G.

Citation

Visser, D. J. G. (2005). annotatie bij Rb. Amsterdam 2 februari 2005 (Staat vs. Kijkshop).
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/5118>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/5118>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

3

maart 2005

zeventiende jaargang

De Europese dimensie van nationale
telecomprocedures

Annetje Ottow

Wetsvoorstel 29 474 (EG-besluiten
energie, post en telecommunicatie)

Dirk Edens

Boekbespreking: Zeven essays over
informatietechnologie en recht

Paul Knol

Reactie op: Interoperabiliteit: van
toverwoord tot Trojaans paard?

Camila Borba Lefèvre en Jaap Doeleman

Met naschrift van Kees Schillemans

Jurisprudentie 7-12

Nr. 7 HvJ EG 25 november 2004, KPN

Telecom vs. OPTA en Denda m.nt. M.J. Geus

Nr. 8 HR 3 december 2004, KPN Telecom vs.

Staat m.nt. J.C. van der Steur

Nr. 9 Rb. Amsterdam 2 februari 2005, Staat

vs. Kijkshop m.nt. D.J.G. Visser

Nr. 10 Rb. Rotterdam 23 december 2004,

Tele2 e.a. vs. OPTA m.nt. C.E. Schillemans

Nr. 11 ABRvS 13 oktober 2004, KPN vs.

Staatssecretaris V&W m.nt. L.J. Wildeboer

Nr. 12 CBB 24 november 2004, T-Mobile &
Yarosa vs. OPTA

Mediaforum is een uitgave van de Vereniging voor Media- en Communicatierecht (vmc), en verschijnt tien maal per jaar.
Bestuur vmc: Prof. mr. J. J. C. Kabel (voorzitter), Dr. N. A. N. M. van Eijk (vice-voorzitter), Mr. J. J. Feenstra (penningmeester), Mr. C. van Boxtel (secretaris), Mr. J. F. Haack, Mr. F. Kuitenbrouwer en Mr. H. M. C. Zeinstra. www.mediaforum.nl

Mediaforum wordt in opdracht van de vmc uitgegeven door OTTO CRAMWINCKEL UITGEVER.

Citeertitel: Mediaforum (bijv.: Mediaforum 2005-3, p. 40-41; bij jurisprudentie Mediaforum 2005-3 nr. 6)

ISSN: 0924 - 5057

Redactie

Mr. J. van den Beukel, Mr. R. D. Chavannes, Mr. M. J. Geus, Mr. A. W. Hins, Mr. G. J. Kemper (voorzitter), Prof. mr. K. J. M. Mortelmans, Mr. A. J. Nieuwenhuis, Mr. A. T. Ottow, Prof. mr. H. J. de Ru, en Mr. C. J. Flentrop-Turner (eindredactie).

Correspondent België

Prof. dr. D. Voorhoof

Redactiesecretariaat

Voor inlichtingen over het aanleveren van kopij en andere redactionele aangelegenheden kan contact opgenomen worden met Mr. C. J. Flentrop-Turner, Universiteit van Amsterdam, Instituut voor Informatierecht, Rokin 84, 1012 KX Amsterdam, fax: 020-525 3033, e-mail: flentrop@ivir.nl

Opmaak

De Elementen vof, Amsterdam

Abonnementen & Lidmaatschap

Abonnementen worden per jaargang (januari-december) afgesloten. Facturering vindt plaats jaarlijks in het eerste kwartaal. Opzegging dient te geschieden uiterlijk op 1 december van het lopende abonnementsjaar, bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch voortgezet.

Leden vmc: Abonnement inbegrepen bij het lidmaatschap. Kosten lidmaatschap inclusief abonnement € 74,50 per lid per kalenderjaar (studenten € 37,50; rechtspersoon € 140,-). Opzegging uiterlijk 1 december. Aanmelding, opzegging, adres- of naamswijziging van leden bij voorkeur per e-mail (ledenadministratie@communicatierecht.nl) of door een faxbericht te zenden naar 084-2225801.

Niet-leden: € 95,- per kalenderjaar. Opgave nieuw abonnement, opzegging (uiterlijk 1 december), adreswijziging e.d. schriftelijk bij OTTO CRAMWINCKEL UITGEVER, Herengracht 416, 1017 BZ Amsterdam, tel: 020-627 6609, fax: 020-638 3817, e-mail: info@cram.nl

Losse nummers: verkrijgbaar bij de gespecialiseerde boekhandel, of te bestellen bij OTTO CRAMWINCKEL UITGEVER, Herengracht 416, 1017 BZ Amsterdam; prijs € 8,85.

Het verlenen van toestemming tot publicatie in dit tijdschrift strekt zich tevens uit tot het in enige vorm elektronisch beschikbaar stellen.

© 2005 Vereniging voor Media- en Communicatierecht

Nederlands

uitgeversverbond

**Groep uitgevers voor
vak en wetenschap**

Mediaforum

Tijdschrift voor Media- en Communicatierecht

Zeventiende jaargang

nummer 3

maart 2005

Inhoud

- 91 De Europese dimensie van nationale telecomprocedures
Annetje Ottow
- 92 Het Wetsvoorstel totstandkoming en implementatie EG-besluiten op het terrein van energie, post en telecommunicatie
Dirk Edens
- 99 Boekbespreking: Zeven essays over informatietechnologie en recht
Paul Knol
- 104 Reactie op 'Interoperabiliteit: van toverwoord tot Trojaans paard?'
Camila Borba Lefèvre en Jaap Doeleman
Met naschrift van Kees Schillemans
- 106 Documentatie
- Jurisprudentie 7-12
- 113 Nr. 7 HvJ EG 25 november 2004, KPN Telecom vs. OPTA en Denda m.nt. M. J. Geus
- 117 Nr. 8 HR 3 december 2004, KPN Telecom vs. Staat m.nt. J. C. van der Steur
- 125 Nr. 9 Rb. Amsterdam 2 februari 2005, Staat vs. Kijkshop m.nt. D. J. G. Visser
- 129 Nr. 10 Rb. Rotterdam 23 december 2004, Tele2 e.a. vs. OPTA m.nt. C. E. Schillemans
- 138 Nr. 11 ABRvS 13 oktober 2004, KPN vs. Staatssecretaris V&W m.nt. L. J. Wildeboer
- 141 Nr. 12 CBB 24 november 2004, T-Mobile & Yarosa vs. OPTA

De toegang tot de website van Mediaforum (www.mediaforum.nl) is mogelijk met een algemene code. Deze wordt iedere maand in Mediaforum gepubliceerd. De code voor deze maand is:

gebruikersnaam: castor

wachtwoord: pollux

Op termijn zal de maandelijkse code worden gewijzigd in een individuele toegangscode.

Zojuist verschenen:

Joost de Bruin

Multicultureel drama?

populair Nederlands televisiedrama, jeugd en etniciteit

Er is de laatste jaren veel gediscussieerd over de Nederlandse multiculturele samenleving. Sommigen spreken over een 'multicultureel drama': verschillende etnische groepen zouden volledig langs elkaar heen leven. Slechts zelden komen de betrokkenen zelf aan het woord. Dit boek doet verslag van interviews met meer dan tweehonderd jongeren met verschillende etnische achtergronden. Het belangrijkste gespreksonderwerp was populair televisiedrama, een van hun favoriete televisiegenres. Wat vinden jongeren leuk aan series als Goede Tijden Slechte Tijden en Baantjer? Welke identiteiten construeren ze in relatie tot die series? Wat is de plaats van populair televisiedrama in hun dagelijks leven?

Op deze vragen geeft het boek een antwoord. De onderliggende kwestie is de mogelijkheid die populair televisiedrama biedt om nieuwe maatschappelijke verbindingen te realiseren. Fungeert het als gedeeld referentiekader voor jongeren met diverse etnische achtergronden? En zo ja: hoe ziet dat referentiekader eruit? Hoe worden jongeren en etnische minderheden in populaire series afgebeeld? Kunnen we ook hier spreken van een 'multicultureel drama'?

216 pagina's, ing. isbn 90 757 27 380. prijs € 25.

Verkrijgbaar via de boekhandel of rechtstreeks bij:



Otto Cramwinckel Uitgever

Herengracht 416

1017 BZ Amsterdam

Tel. 020 627 6609

Fax 020 638 3817

e-mail info@cram.nl

Of te bestellen via www.cram.nl

Jan van de Plasse

Kroniek van de Nederlandse Dagblad- en opiniepers

Deze Kroniek van de Nederlandse dagblad- en opiniepers bevat een algehele inventarisatie van feiten en cijfers in een chronologisch overzicht. Een overzicht waarin, voor zover te achterhalen, alle tot nu toe in Nederland verschenen dagbladen en opiniebladen zijn vermeld. Behalve begin en eventuele einddatum van deze publicaties, bevat de Kroniek een opsomming van cruciale gebeurtenissen, zoals primeurs, fusies, stakingen, verboden en missers.

Deze Kroniek bestaat uit twee delen: in het eerste deel komen de dagbladen aan de orde, in het tweede deel wordt de opiniepers behandeld. Daarbij is er ook aandacht voor een categorie periodieken die strikt genomen niet onder de noemer opinieblad kunnen worden gerangschikt, namelijk de satirische en politieke bladen, aangezien ook deze geschriften opinievormend hebben gewerkt. Door de bundeling van al deze data, is deze Kroniek van de Nederlandse dagblad- en opiniepers een actueel en vrijwel onmisbaar naslagwerk over bijna vier eeuwen persgeschiedenis.

304 pagina's, ing. isbn 9075727 771, prijs € 24,90.

Verkrijgbaar via de boekhandel of rechtstreeks bij:

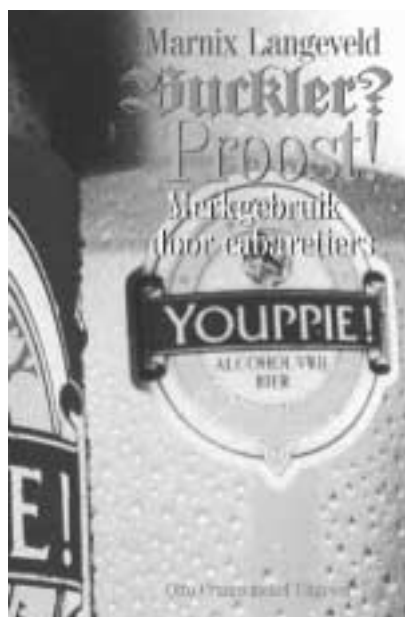
Otto Cramwinckel Uitgever

Herengracht 416 • 1017 BZ Amsterdam

Tel. 020 627 6609 • Fax 020 638 3817

e-mail info@cram.nl of te bestellen via www.cram.nl





Zojuist verschenen:

Marnix Langeveld

Buckler? Proost!

Merkgebruik door cabaretiers

Hoe bekender het merk, hoe beter het is beschermd. Reikt de vrijheid van meningsuiting ten aanzien van een persoon verder dan ten aanzien van een merk? Mag een cabaretier in zijn voorstelling wel een grap maken over een bekend merk? Iedereen voelt wel aan dat het moet mogen, maar mag het ook juridisch gezien? Aan de hand van de beruchte Buckler-affaire en andere voorbeelden probeert dit boekje een antwoord te geven op die vraag.

Marnix Langeveld is advocaat te Amsterdam. Hij won begin 2004 de nationale scriptieprijs. Zijn winnende scriptie is nu bewerkt en in boekvorm verschenen. Uit het juryrapport: "een analyse van de Benelux Merkenwet die ook voor de leek leesbaar is".

98 pagina's, ing.
ISBN 90 757 27 372
Prijs € 14,50

Verkrijgbaar via de boekhandel
of rechtstreeks bij:

Otto Cramwinckel Uitgever

Herengracht 416, 1017 BZ Amsterdam
Tel. 020 627 6609 en fax 020 638 3817
e-mail info@cram.nl of te bestellen via
www.cram.nl



De Europese dimensie van nationale telecomprocedures

Opinie

Annetje Ottow*

Door de invoering van de Europese coördinatieprocedure (artikel 7 Kaderrichtlijn) heeft het Nederlandse telecommunicatierecht een belangrijke gedaanteverwisseling ondergaan. Belangrijke ontwerpbesluiten van OPTA dienen eerst in Brussel te worden aangemeld, waarbij de Commissie over een adviesrecht en in sommige gevallen zelfs over een vetorecht beschikt.¹ Deze nieuwe rol van de Europese Commissie, vormt een novum in het secundaire Europese recht. Op deze wijze heeft de Europese Commissie een effectief instrument in handen gekregen om sturing te geven aan een juiste implementatie, interpretatie en toepassing van de bepalingen van de nieuwe richtlijnen door de nationale autoriteiten. Via het vetorecht grijpt de Commissie direct in het besluitvormingsproces in, waardoor in feite een vorm van gemengd toezicht ontstaat, waarbij de besluitvorming gezamenlijk door de Europese Commissie en de nationale toezichthouder tot stand komt.

Op welke wijze dient deze aanmeldingsprocedure nu vanuit een Europeesrechtelijk oogpunt te worden gekwalificeerd? Deze vraag is van belang om te kunnen bepalen wat de juridische gevolgen zijn van een besluit van OPTA, waarbij is verzuimd de verplichte aanmelding in Brussel te verrichten. Voor de Nederlandse rechtspraak is deze vraag niet onbelangrijk. De aanmeldingsprocedure van artikel 7 is in de Telecommunicatiewet geïmplementeerd in artikel 6b.2 Tw. Voor de ontwerpbesluiten waarvoor de Europese coördinatieprocedure vereist is, wordt in lid 1 van dit artikel verwezen naar de besluiten, zoals opgesomd in artikel 6b.1, lid 1 Tw. Bij deze verwijzing heeft de Nederlandse wetgever een belangrijke categorie besluiten over het hoofd gezien, waarvoor tevens de aanmeldingsprocedure in Brussel verplicht is.² De omissie betreft de geschil- en handavingsprocedures krachtens artikel 7, lid 3, sub a Kaderrichtlijn j° artikel 5 Toegangsrichtlijn: geschillen (op verzoek) en handhaving (op verzoek en ambtshalve) betreffende toegang en interconnectie. Dit is slechts anders indien in het concrete geval geen sprake is van beïnvloeding van de tussenstaatse handel (zie artikel 7, lid 3, sub b Kaderrichtlijn en artikel 6b.2, lid 1 Tw). Inmiddels zijn door OPTA diverse geschilbesluiten genomen, waar OPTA de aanmeldingsprocedure niet heeft gevolgd doch waar kan worden betoogd dat aanmelding verplicht was.³ Om de vraag te kunnen beantwoorden wat de gevolgen zijn van niet-aanmelding, dient een vergelijking te worden gemaakt met soortgelijke procedures in het Europese recht.

Welke aanmeldingsprocedures vertonen kenmerken van de coördinatieprocedure van artikel 7 Kaderrichtlijn? Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de aanmeldingsprocedure van artikel 88 EG-Verdrag inzake steunmaatregelen en de notificatieprocedure van Richtlijn 98/34⁴ (voorheen Richtlijn 83/189⁵). Over de voorganger van Richtlijn 98/34, Richtlijn 83/189, is (ook in Nederland) veel te doen geweest. Beide richtlijnen houden de verplichting in tot de

aanmelding van normen en technische voorschriften bij de Europese Commissie en de andere lidstaten. Ook bij deze procedure is sprake van een preventieve controle (adviesrecht) door de Europese Commissie. In de beruchte zaak *Securitel*⁶ heeft het Hof van Justitie uitgemaakt dat het niet-naleven van de notificatiebepalingen van de richtlijnen leidt tot de niet-toepasselijkheid van de betrokken nationale verplichtingen.

Beide notificatieprocedures vertonen belangrijke gelijkenissen met de aanmeldingsprocedure van artikel 7 Kaderrichtlijn. Artikel 7 Kaderrichtlijn is wat zijn inhoud betreft onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig. De uit de Kaderrichtlijn voor de nationale toezichthouders voortvloeiende aanmeldingsverplichting is duidelijk en ondubbelzinnig in artikel 7 neergelegd. Het artikel houdt een met Richtlijn 83/189 vergelijkbare notificatieprocedure met een standstillperiode in. Bovendien heeft de Commissie voor bepaalde categorieën besluiten nog een extra controlemiddel in handen (het vetorecht), hetgeen ontbreekt in Richtlijn 83/189. De niet-aanmelding zou dan ook tot gevolg hebben dat de door de betrokken nationale autoriteit, in het niet-aangemelde besluit opgelegde verplichtingen buiten toepassing dienen te blijven. Tot deze conclusie komt ook de Belgische rechter in een geschilbesluit van de Belgische toezichthouder (IBPT) in het geschil tussen Belgacom Mobile en Base.⁷ De telecommunicatierichtlijnen waren door de Belgische wetgever niet tijdig geïmplementeerd, waardoor de Belgische autoriteit IBPT op grond van het 'oude' Belgische telecommunicatierecht een geschilbesluit had genomen. Aangezien de 'oude' Belgische wetgeving niet in de door de artikelen 6 en 7 Kaderrichtlijn vereiste nationale consultatie- en Europese aanmeldingsprocedure voorzag, had de IBPT deze procedures niet gevolgd. De Brusselse Court D'Appel neemt aan dat de IBPT verplicht was deze procedures op grond van de artikelen 6 en 7 Kaderrichtlijn toe te passen, bij gebreke waarvan het door IBPT genomen besluit niet geldig was en Belgacom Mobile niet aan de aan haar krachtens dit besluit opgelegde verplichtingen kon worden gehouden. In een vergelijkbare Nederlandse zaak is de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam aan dit aspect voorbij gegaan.⁸

Ook in geschil- en handavingsprocedures dient OPTA zich ervan te vergewissen of de procedure van artikel 7 Kaderrichtlijn moet worden gevolgd. OPTA is verplicht tot richtlijnconforme interpretatie van de Telecommunicatiewet en dient het nationale recht in overeenstemming met de richtlijnen uit te leggen en toe te passen.⁹ Indien OPTA ten onrechte de notificatieprocedure van artikel 7 Kaderrichtlijn niet heeft gevolgd, dient de rechter de in het besluit opgelegde verplichtingen buiten toepassing te verklaren. Zou dit anders zijn, dan zou daarmee afbreuk worden gedaan aan de effectieve werking van het gemeenschapsrecht.

* Mr. A. T. Ottow is gastonderzoeker bij het Instituut voor Informatierecht (IViR) van de Universiteit van Amsterdam, advocaat-adviseur bij Houthoff Buruma en redacteur van dit blad.

1 Zie voor een uiteenzetting van deze nieuwe procedures: C. Wolberink en S. Steinhäuser, 'De Europese Commissie en het nieuwe telecommunicatierecht: procedurele waakhond of embryonale Europese toezichthouder?', *Mediaforum* 2004-7/8, p. 238-245.

2 Reeds diverse ontwerp-geschilbesluiten zijn door nationale autoriteiten in Brussel aangemeld. Zie bijvoorbeeld Besluit van 2 augustus 2004, case AT/2004/0085.

3 Zie bijvoorbeeld: Besluit 29 juli 2004, KPN vs. Casema en besluit 2 november 2004, KPN Telecom vs. Versatel beide inzake vaste terminating tarieven en besluit 16 juli 2004, MCI Worldcom vs. KPN Telecom inzake transitstarieven, www.opta.nl.

4 Richtlijn 98/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften (*PbEG*, L 204/37).

5 Richtlijn 83/189/EEG van de Raad van 28 maart 1983 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften (*PbEG*, L 109/8).

6 Reeds uitgemakt in de zaak *Costa/ENEL* (zaak 6/64).

7 La Cour d'appel de Bruxelles 18 juni 2004, Belgacom vs. IBPT, R.G.: 2003/AR/1664, niet gepubliceerd.

8 V.zr. Rb. Rotterdam 9 juli 2004, KPN Mobile vs. OPTA, Reg.nr.: VTELEC 04/1288-HRK, niet gepubliceerd.

9 HvJEG 5 oktober 2004, Pfeiffer, zaak C-397/01, AB 2005/16, m.nt. R. Widdershoven. Vgl. K. Mortelmans, 'Waar bent u op 25 juli 2003?', *Mediaforum* 2003-5, p. 153-154.

Het Wetsvoorstel totstandkoming en implementatie EG-besluiten op het terrein van energie, post en telecommunicatie

Het wetsvoorstel gaat ervan uit dat het voor het realiseren van een tijdige implementatie van EG-besluiten voor de sectoren energie, post en telecommunicatie noodzakelijk is om in de betrokken sectorwetten de mogelijkheden voor gedelegeerde regelgeving aanzienlijk te verruimen. In dit artikel wordt uiteengezet dat die noodzaak ontbreekt en dat het wetsvoorstel op het punt van de voorgestelde verruiming van delegatie zijn doel voorbijschiet en belangrijke nadelen heeft.

Dirk Edens*

Inleiding

Op 19 maart 2004 is bij de Tweede Kamer het voorstel van 'Wet totstandkoming en implementatie EG-besluiten op het terrein van energie, post en telecommunicatie' ingediend.¹ De aanleiding voor dit wetsvoorstel is het volgende.

In de afgelopen jaren zijn zowel formele wetwijzigingen als AMvB's ter implementatie van belangrijke EG-besluiten op het gebied van de interne EG-markt² vaak aanmerkelijk te laat tot stand gekomen.³ Dit is in strijd met de verplichting voor de lidstaten van de Europese Gemeenschap, die is neergelegd in artikel 10 EG-Verdrag. Deze verplichting houdt in dat de lidstaten binnen hun nationale rechtssysteem alle algemene en bijzondere maatregelen moeten nemen, die geschikt zijn om de uit handelingen van de instellingen van de Gemeenschap voortvloeiende verplichtingen te verzekeren.⁴ Het niet nakomen van die verplichting doet afbreuk aan het goed functioneren van de interne EG-markt.

De EG-besluiten voor de betrokken sectoren voorzien in een Europese sectorspecifieke marktregulering.⁵ De inhoud van die EG-besluiten laat aan de lidstaten in het algemeen een beperkte keuzevrijheid voor de implementatie van die besluiten. Daar komt bij dat de termijn die in deze besluiten voor implementatie wordt gesteld in het algemeen relatief kort is, namelijk één tot anderhalf jaar.

Deze kenmerken van de EG-besluiten voor de betrokken sectoren maken, ook bij toekomstige aanpassingen en aanvullin-

gen, een tijdige en adequate implementatie daarvan geenszins onmogelijk, maar vragen wel om een goede afstemming van de nationale besluitvorming op de Europese context. Die afstemming is tot op heden nog onvoldoende gerealiseerd. Het wetsvoorstel beoogt voor een aantal aspecten daarvan een oplossing te bieden.

De afstemming van de nationale besluitvorming op de Europese context van de marktregulering van de betrokken sectoren

Het algemene probleem van onvoldoende afstemming

In de eerste plaats is van belang, dat het parlement tot op heden slechts summier wordt geïnformeerd⁶ over de gevolgen van een door de Commissie voorgesteld EG-besluit op het gebied van de interne EG-markt voor de Nederlandse belangen. Over het Nederlandse standpunt in de besluitvorming over dat voorstel door de Raad van Ministers van de EU (hierna: de Raad) wordt het parlement pas geïnformeerd, nadat het resultaat daarvan op grond van de door de Permanente Vertegenwoordigingen van de lidstaten gevoerde onderhandelingen feitelijk al vastligt of grotendeels is voorgekookt.⁷ Dit maakt het, ook volgens het Verslag van de rapporteur bij het wetsvoorstel,⁸ voor het parlement moeilijk om zicht te krijgen op de gevolgen welke die besluitvorming heeft voor het nationale beleid en om het standpunt van de Nederlandse regering in de besluitvorming door de Raad goed te kunnen beoordelen.

* Mr. D.F. Edens was laatstelijk werkzaam als bedrijfsjurist bij Koninklijke TPG Post BV (tot eind 2003). Het artikel is op persoonlijke titel geschreven.

1 *Kamerstukken II*, 2003/2004 en 2004/2005, 29474, nrs. 1-8. De algemene beraadslaging in de TK had op de sluitingsdatum van dit artikel (19 februari 2005) nog niet plaatsgevonden.

2 Het betreft hier voornamelijk EG-besluiten die volgens de procedure van artikel 251 EG-Verdrag gezamenlijk door het Europees Parlement en de Raad van Ministers van de EU worden vastgesteld.

3 MvT, p. 3-5, en Nota naar aanleiding van het verslag, p. 8-12.

4 Deze implementatieverplichting heeft niet alleen betrekking op het treffen van maatregelen van regelgeving, maar ook op het treffen van bestuurlijke en rechterlijke maatregelen. Zie: Kapteyn/VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, zesde druk, 2003, par. 6.4.1-6.4.2, p. 123-126.

5 Deze EG-besluiten bestaan nagenoeg alleen uit richtlijnen; beschikkingen en verordeningen komen heel weinig voor. Zie artikel 249 EG-Verdrag voor het onderscheid in rechtskarakter tussen deze besluiten.

6 Zie voor een overzicht van deze informatiepraktijk: A. van den Brink, *Regelgeving in Nederland ter implementatie van EU-recht*, Europese Monografieën 77, 2004, par. 9.3.5, p. 238-244 (de tekst van deze dissertatie is afgesloten op 25 mei 2004); en ook: het Verslag van de rapporteur over het wetsvoorstel, TK 2004/2005, 29474, nr. 7, p. 3-4.

7 W.J.M. Voermans, *De Nederlandse wetgever in de communautaire toekomst*, tekst van een lezing voor het jaarcongres van de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, 29 april 2004, gepubliceerd op de homepage van de auteur op: www.publiekrecht.leidenuniv.nl, par. 3.1.a.

8 Verslag van de rapporteur, p. 3 onderaan en p. 4.

Dit summiere karakter van die informatie aan het parlement over de besluitvorming door de Raad brengt ook mee, dat het parlement onvoldoende wordt geïnformeerd over de concrete inhoudelijke gevolgen van die besluitvorming voor de nationale implementatie. Die informatie komt tot nu toe eerst bij het parlement op tafel, nadat het EG-besluit is vastgesteld en een wetsvoorstel tot implementatie van dat besluit is ingediend. De fasering in de politieke besluitvorming door de Raad brengt evenwel mee, dat de inhoud van een EG-besluit meestal al grotendeels vaststaat, wanneer de Raad in zijn 'gemeenschappelijk standpunt'⁹ de tekst van het ontwerpbesluit heeft vastgesteld dat voor laatste lezing naar het Europees Parlement wordt gezonden. De mogelijkheid om al op basis van dat ontwerpbesluit de gevolgen voor de nationale implementatie in grote lijnen zichtbaar te maken en politiek te beoordelen wordt tot nu toe niet benut.

Verder is in het verleden vaak aanwijsbaar te laat begonnen met de ambtelijke voorbereiding van de implementatie. In verband hiermee zijn door het kabinet de Aanwijzingen voor de regelgeving (AR) aangepast om te waarborgen dat implementatievoorstellen voor wetten en AMvB's zeer tijdig bij het kabinet worden ingediend.¹⁰ Ook zullen wetgevingsjuristen van het ministerie van EZ al tijdens de besluitvorming in de Raad worden ingeschakeld.¹¹

Voor de opzet en inrichting van nationale wetten ter implementatie van EG-besluiten is verder het volgende van belang. EG-besluiten hebben veelal een andere systematiek van regelgeving dan de nationale wetgeving en bevatten bepalingen van verschillende aard, die op nationaal niveau deels in de wet en deels in gedelegeerde regelgeving thuishoren. Die verschillen moeten ook voor een wetmatige en doelmatige implementatie van EG-besluiten meewegen bij de keuze van zowel de verdeling van de nodige implementatie tussen de wet en gedelegeerde regelgeving als de inrichting van het wettelijk kader voor gedelegeerde regelgeving. Hiervoor geeft het Gewijzigd kabinetsstandpunt inzake de tijdige implementatie van EG-besluiten van medio 2004 een aantal algemene uitgangspunten (hierna: Gewijzigd kabinetsstandpunt implementatie).¹²

Ook de parlementaire behandeling van wetsvoorstellen tot implementatie van EG-besluiten heeft soms bijgedragen aan een te late implementatie. De huidige grondwettelijke regels voor het tot stand brengen van wetten¹³ voorzien, anders dan voor de goedkeuring van verdragen, niet in de mogelijkheid van een versnelde procedure voor zulke wetsvoorstellen. In de Eerste Kamer is de motie-Jurgens¹⁴ aangenomen, die een studie naar die mogelijkheid bepleit. Die studie is in 2002 verschenen.¹⁵ Een kabinetsstandpunt over die mogelijkheid is toegezegd¹⁶ maar nog niet vastgesteld. Wel heeft de Tweede Kamer inmiddels besloten om in de agendering van de eigen werkzaamheden de tijdige behandeling van wetsvoorstellen die strekken tot implementatie van EG-besluiten beter te

waarborgen.¹⁷ In verband hiermee heeft de minister van Justitie namens het kabinet aan de Tweede Kamer toegezegd dat in de tekst en toelichting van wetsvoorstellen die strekken ter implementatie van EG-besluiten, de herkenbaarheid van het implementatiedoel van het wetsvoorstel zal worden vergroot.¹⁸

De oplossingsrichting van het wetsvoorstel

Binnen deze Europese en nationale context beoogt het wetsvoorstel de nationale besluitvorming ten aanzien van de totstandkoming en de implementatie van EG-besluiten voor de betrokken sectoren op de volgende aspecten te verbeteren.

De voorgestelde wettelijke regeling voorziet in een aanzienlijke verruiming van de delegatiemogelijkheden in de betrokken sectorwetten ten behoeve van de implementatie van EG-besluiten.

Complementair aan deze voorgestelde wettelijke regeling worden door de minister in de MvT voorstellen gedaan om de informatie aan het parlement beter af te stemmen op de gefaseerde besluitvorming door de Raad inzake de betrokken sectoren. Op deze wijze kan het parlement zich een beter oordeel vormen over de gevolgen van de voorgestelde EG-besluiten voor de Nederlandse belangen en, in verband hiermee, over de hoofdlijnen van de gewenste Nederlandse standpuntbepaling in die besluitvorming door de Raad.¹⁹

In dat kader doet de minister ook het voorstel om, na de vaststelling van het 'gemeenschappelijk standpunt' door de Raad, over de daarin neergelegde tekst van het ontwerpbesluit een implementatiebrief aan het parlement te zenden. In die brief zullen dan de gevolgen van het te verwachten EG-besluit voor de nationale implementatie en de keuzemogelijkheden daarbij op hoofdlijnen concreet worden aangegeven.²⁰ Op grond hiervan kan het parlement zich dan zo vroegtijdig mogelijk een oordeel vormen over die gevolgen van het EG-besluit, met name of en in welke mate implementatie bij wet dan wel bij gedelegeerde regelgeving nodig en wenselijk is.

De behandeling van het wetsvoorstel door de Tweede Kamer tot nu toe

Na de indiening van de Nota naar aanleiding van het verslag heeft de Vaste Commissie voor EZ uit haar midden een rapporteur benoemd. De Vaste Commissie had behoefte aan meer zicht op de inhoudelijke aspecten van de in het wetsvoorstel aan de orde zijnde problematiek en voorgestelde oplossingsrichting. Het Verslag van de rapporteur is uitgebracht op 14 januari 2004 (hierna ook: VR).²¹

In het VR wordt kritisch ingegaan op de voorstellen van de minister voor een betere informatieverstrekking aan het

9 Zie artikel 251, lid 2, EG-Verdrag.

10 Zie de nieuwe Aanwijzing 335 AR. Deze bevat de instructie, dat het ontwerp voor een wetsvoorstel in beginsel 18 maanden voor afloop van de implementatietermijn aan het kabinet moet worden voorgelegd en, bij een implementatietermijn korter dan 18 maanden, binnen twee maanden na vaststelling van de implementatietermijn.

11 De Nota n.a.v. het verslag, p. 13.

12 Brief van 27 juli 2004 van de minister van Justitie aan de EK, *Kamerstukken I*, 2003-2004, 29200 VI, 2e herdruk, p. 2-3.

13 Artikel 81-85 GW.

14 Gewijzigde motie van het EK-lid Jurgens c.s. van 28 november 2000, EK 2000-2001, 26 200 VI, onderdeel nr. 65 (Notitie ten aanzien van de implementatie van EG regelgeving), nr. 37b.

15 L. F. M. Besselink, H. R. B. M. Kummeling, R. de Lange, P. Mendelts, S. Prechal, *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, 2002.

16 *Handelingen I*, 2002/2003, Aanhangsel Kamervragen, nr. 8: vraag van het lid Jurgens van 19 februari 2003, meegedeeld aan de minister van BZK en de Staatssecretaris voor Europese Zaken, met antwoord van 7 maart 2003.

17 Brief van het Presidium van de TK aan de voorzitter van de TK, van 15 september 2004, TK 2004/2005, 21 109, nr. 142.

18 Brief van de minister van Justitie aan de TK, van 23 december 2004, TK 2004/2005, 21 109, nr. 145.

19 Een schematische overzicht van die voorstellen is opgenomen in Bijlage 3 van de Nota naar aanleiding van het verslag.

20 Idem.

21 TK 2004/2005, 29 474, nr. 7.

parlement met betrekking tot EG-besluitvorming.²² Het VR bepleit dat reeds bij een besluitvoorstel van de Commissie veel duidelijker de inhoud daarvan en het standpunt daarover van de minister wordt aangegeven. Ook zou de Kamer concreet moeten worden geïnformeerd over de Nederlandse standpuntbepaling in het onderhandelingsproces tijdens de gefaseerde besluitvorming in de Raad. Dit is tot nu toe niet het geval. Garanties voor een concrete en heldere informatie aan het parlement tijdens de besluitvorming over Europese regelgeving in de Raad zouden in de wet moeten worden vastgelegd. Ook de voorgestelde verruiming van de delegatieregeling in de betrokken sectorwetten wordt bekritiseerd.²³ Zo wordt in de opzet van de voorgestelde regeling ten aanzien van de implementatie EG-richtlijnen en EG-verordeningen geen onderscheid gemaakt tussen bepalingen die geen enkele nationale beleidsruimte meer laten en bepalingen waar een zekere beleidsruimte aanwezig is. Dit onderscheid²⁴ zou wel in de implementatiebrief moeten worden aangegeven. Verder dient de keuze tussen regeling bij wet of bij gedelegeerde regelgeving niet afhankelijk te zijn van de tijdigheid van implementatie, maar in overeenstemming te zijn met de staatsrechtelijke regels en tradities.

Naar aanleiding van het VR heeft de Vaste Commissie op 7 februari 2005 een wetgevingsoverleg met de minister gehad.²⁵ In dit wetgevingsoverleg zijn ook amendementen op het wetsvoorstel aangekondigd. Deze amendementen strekken er toe in het wetsvoorstel een regeling op te nemen van de door de minister toegezegde betere en eerdere informatievoorziening over de totstandkoming van EG-besluiten, alsmede van de besluitvorming over de door de minister toegezegde implementatiebrief na de vaststelling door de Raad van een 'gemeenschappelijk standpunt' over een toekomstig EG-besluit.

De minister heeft eraan vastgehouden dat tot aan de vaststelling van het gemeenschappelijk standpunt door de Raad de informatie over het Nederlandse standpunt in het proces van onderhandeling in de Raad 'op hoofdlijnen' moet geschieden. De regering dient immers in dit onderhandelingsproces de nodige flexibiliteit qua nadere invulling en uitwerking van haar standpunt te behouden. Daarnaast heeft hij ook het belang van de voorgestelde verruiming van delegatie voor een tijdige implementatie benadrukt. Indien hij in een implementatiebrief voorstelt om het te verwachten EG-besluit bij AMvB te implementeren omdat er nationaal geen beleidsmatige keuzes meer open staan, zal hij ook, zo heeft hij in het overleg toegezegd, bij die brief een ontwerp-AMvB met een op hoofdlijnen uitgewerkte regeling meezenden. De Tweede Kamer kan dan beoordelen of kan worden volstaan met implementatie bij AMvB en zo nodig aangeven welke wijzigingen hij daarin wenst, dan wel aangeven dat alsnog regeling bij wet nodig wordt geacht. De minister heeft zich niet uitgesproken over de voorgestelde amendering. Hij heeft zich in zijn reactie bepaald tot de inhoudelijke en procedurele aspecten van de

reacties uit de Vaste Commissie. Daarbij heeft hij wel aangegeven niet buiten de grenzen van het beleidsterrein van zijn ministerie te kunnen treden.

In het overleg is tot slot afgesproken dat de behandeling zal worden voortgezet op basis van een brief die de minister zal toezenden. Daarin zal deze al zijn toezeggingen voor de informatievoorziening aan het parlement met betrekking tot de totstandkoming van EG-besluiten en de procedure voor de beoordeling van de gevolgen van die besluiten voor de nationale implementatie nog eens op een rij zetten.

In de behandeling door de Vaste Commissie zijn de redenen voor te late implementatie van EG-besluiten niet afzonderlijk voor de betrokken sectoren bezien. Ook zijn door de Vaste Commissie niet de opzet en reikwijdte van de in het wetsvoorstel opgenomen verruiming van delegatiemogelijkheden en de effecten daarvan voor de betrokken sectorwetten besproken. Op deze aspecten van het wetsvoorstel zal hierna in dit artikel worden ingegaan.

De voorgestelde regeling voor de verruiming van delegatie

De opzet van de voorgestelde regeling

Algemene aspecten. De voorgestelde verruiming van delegatie voor de implementatie van EG-besluiten voor de betrokken sectoren heeft betrekking op: de Elektriciteitswet 1998²⁶ en de Gaswet,²⁷ de Postwet²⁸ en de Telecommunicatiewet.²⁹ De voorgestelde verruiming van delegatie heeft een structureel karakter. Dit blijkt niet alleen uit de omschrijving van het onderwerp van delegatie en uit de voorziene differentiatie naar het niveau van delegatie, maar ook uit de bewuste keuze voor een eenduidige, algemene opzet van de delegatieregeling voor alle vier betrokken wetten.³⁰

De omschrijving van het onderwerp van delegatie. In de voorgestelde begripsbepalingen van iedere betrokken sectorwet wordt als aanduiding van het onderwerp van de beoogde ruimere delegatie nader omschreven op welke toekomstige EG-besluiten de delegatieregeling van toepassing is.³¹ Dit is als volgt uitgewerkt.

(a) De specificatie van de categorieën besluiten omvat voor iedere sectorwet steeds dezelfde categorieën EG-besluiten: primaire richtlijnen of verordeningen van het Europese Parlement en de Raad; daarop gebaseerde gedelegeerde richtlijnen, verordeningen of beschikkingen van de Commissie; en verder liberalisatierechtlijnen van de Commissie.

(b) De juridische grondslagen in het EG-Verdrag van primaire EG-richtlijnen en EG-verordeningen van het

²² Idem, p. 4.

²³ Idem, p. 5.

²⁴ Daarnaast is van belang dat met name EG-richtlijnen soms op bepaalde onderdelen aan de lidstaten ook de vrijheid laten om verdergaande maatregelen te treffen dan waartoe de EG-regelgeving verplicht.

²⁵ TK 2004/2005, 29 474, nr. 8.

²⁶ De Elektriciteitswet 1998, zoals deze luidt met ingang van 14 juli 2004 (*Stb.* 2004, 443).

²⁷ De Gaswet, zoals deze luidt met ingang van 14 juli 2004 (*Stb.* 2004, 444).

²⁸ De Postwet, zoals deze luidt na de wijziging bij de Wet van 28 oktober 1999 (*Stb.* 1999, 484), in werking getreden per 1 juni 2000 (*Stb.* 2000, 201), en nadien

is komen te luiden na wijziging bij de Aanpassingswet euro (Wet van 27 september 2001, *Stb.* 2001, 461, in werking getreden per 1 januari 2002).

²⁹ De Telecommunicatiewet 1998, zoals deze, na wijziging bij de Wet van 22 april 2004 (Wet implementatie Europees regelgevingskader voor de elektronische communicatiesector 2002; *Stb.* 2004, 189), met ingang van 19 mei 2004 luidde (*Stb.* 2004, 308), en nadien nog is gewijzigd bij de Wet van 18 maart 2004 (Wet vorderen gegevens telecommunicatie; *Stb.* 2004, 105), die in werking is getreden op 1 september 2004 (*Stb.* 2004, 395).

³⁰ Zie de voorgestelde bepalingen in: artikel 84 Elektriciteitswet 1998, artikel 63 Gaswet, en artikel 13b Postwet. Voor de Telecommunicatiewet wordt om redenen van wettelijke systematiek een tweeledige regeling voor de implementatie

Europees Parlement en de Raad zijn per sector verschillend. Zij betreffen voor de sector energie: de artikelen 47, 52, 55, 95 of 175, voor de sector post: de artikelen 47, 52, 55, of 95, en voor de sector telecommunicatie: artikel 95. De juridische grondslag van de liberalisatierichtlijnen van de Commissie is voor iedere sector hetzelfde: artikel 86, lid 3 EG-Verdrag.

(c) De benoemde sectoren zijn: de elektriciteitssector en de gassector, de postsector en de elektronische communicatiesector.

(d) De opsomming van de per sector betrokken onderwerpen van een toekomstig EG-besluit, waarop de delegatieregeling van toepassing is, is limitatief en luidt voor iedere sectorwet steeds hetzelfde: ‘(een besluit) dat betrekking heeft op de (betrokken) sector en regels stelt over de economische activiteiten in die sector, de belangen van afnemers, de geschilbeslechting, de infrastructuur, de interne markt, de kwaliteit, de handel, de mededinging, de voorzieningszekerheid, het milieu, technische eisen, of het verschaffen van informatie’.

De differentiatie naar niveau van delegatie. Met inachtneming van de hierboven aangegeven omschrijving van het onderwerp van de delegatieregeling, wordt in die regeling ook een differentiatie gemaakt in het niveau van de delegatie, namelijk implementatie bij of krachtens AMvB dan wel implementatie bij ministeriële regeling. Deze differentiatie geschiedt langs de drie volgende lijnen:³²

(1) Onderscheid in EG-besluiten tussen: enerzijds primaire richtlijnen en -beschikkingen³³ (implementatie bij of krachtens AMvB), en anderzijds gedelegeerde richtlijnen en beschikkingen (implementatie bij ministeriële regeling).³⁴

(2) Onderscheid in EG-besluiten tussen: enerzijds richtlijnen en beschikkingen (implementatie volgens (1)) en anderzijds verordeningen (implementatie bij ministeriële regeling).³⁵ Verordeningen behoeven immers alleen implementatie door middel van regelgeving ten behoeve van een goede bestuurlijke uitvoering, en niet zoals richtlijnen en beschikkingen ook door omzetting in nationale regelgeving.³⁶

(3) Onderscheid naar de inhoud van EG-besluiten tussen: enerzijds regels voor marktdeelnemers (implementatie volgens (1) en (2)) en anderzijds regels voor de bestuurlijke uitvoering (implementatie bij ministeriële regeling). Bij dit laatste valt te denken aan regels inzake de aanwijzing van het bestuursorgaan dat bevoegd is tot het verlenen van een overheidstoestemming of tot het uitoefenen van het overheidstoezicht op de naleving van de regels.³⁷

van EG-regelgeving voorgesteld: een algemene delegatiegrondslag in artikel 1.4, en een bijzondere, maar geheel parallel opgezette delegatiegrondslag op het gebied van conformiteit in artikel 10.1.

31 Artikel 1a (nieuw) Elektriciteitswet 1998, art.1a (nieuw) Gaswet, de aanvulling van artikel 1 Postwet en het artikel 1.1 (nieuw) Telecommunicatiewet.

32 Zie voetnoot 30.

33 Zie lid 1 van de artikelen genoemd in voetnoot 30.

34 Zie lid 4 van de artikelen genoemd in voetnoot 30.

35 Zie lid 3 van de artikelen genoemd in voetnoot 30.

36 Zie over de uitvoering van EG-Verordeningen o.a.: K.J.M. Mortelmans, R.H. van Ooik en S. Prechal, *Europees recht en de Nederlandse rechter. Verworvenheden en uitdagingen*, 2003, Deel I, par. 2.2.1, p. 13-14.

De mogelijkheid om in een wetsofflage gespecificeerde wetsbepalingen bij afzonderlijk koninklijk besluit in te trekken

Algemene aspecten. In het wetsvoorstel is niet voorzien in de mogelijkheid om bij of krachtens AMvB ter implementatie van EG-besluiten bestaande bepalingen in die wet tijdelijk buiten werking te stellen. Die mogelijkheid werd in het aanvankelijke kabinetsstandpunt van 1999³⁸ in uitzonderlijke gevallen toelaatbaar en noodzakelijk geacht. Hierop is echter door het kabinet in het Gewijzigde kabinetsstandpunt implementatie teruggekomen.³⁹

In verband hiermee voorziet het wetsvoorstel in iedere betrokken sectorwet in de bevoegdheid van de regering om bij afzonderlijk koninklijk besluit (KB) tot intrekking over te gaan van de in een wetsofflage gespecificeerde (onderdelen van) bestaande wetsbepalingen, die strekken ter implementatie van bestaande EG-bepalingen, indien deze bij een toekomstig EG-besluit worden gewijzigd of vervangen.⁴⁰ In die onderscheiden wetsofflagen worden in de linkerkolom (onderdelen van) bestaande wetsbepalingen aangegeven, welke corresponderen met in de rechterkolom aangegeven bestaande EG-bepalingen.

Postwet. Voor deze intrekkingbevoegdheid wordt, met het oog op een toekomstig EG-besluit dat strekt tot volledige liberalisering van de Europese postmarkt, in de Postwet een vergaande uitwerking voorgesteld. Zo wordt in het voorgestelde artikel 13c j° de wetsofflage van de Postwet voorzien in de mogelijkheid om bij KB de kernbepalingen van de regeling in de Postwet in te trekken en, waar nodig, te vervangen door gedelegeerde regelgeving ter implementatie van het nieuwe EG-besluit. Dit – inhoudelijk zeer ingrijpende – voorstel is louter ingegeven door de wetstechnische systematiek van de Postwet. In deze wet wordt namelijk, in verband met de toekenning van de exclusieve concessie voor briefvervoer, de uitvoering van de openbare postale dienstverlening opgedragen aan de onderneming aan wie de exclusieve concessie voor briefvervoer is toegekend.

De overige bepalingen

In aansluiting op de voorgestelde verruiming van delegatie in de betrokken sectorwetten wordt in het wetsvoorstel verder voorzien in de wijziging of aanvulling van andere wettelijke bepalingen. Daarbij gaat het onder meer om: de omschrijving van nieuwe begrippen, de aansluiting met de regeling inzake de uitoefening van het toezicht⁴¹ en de handhaving,⁴² de intrekking van overbodig geworden bepalingen voor delegatie⁴³ en de aanvulling van de overgangsbepalingen.⁴⁴ Voor de Postwet worden daarnaast nog enige specifieke bepalingen voorgesteld.⁴⁵

37 Zie lid 5 van de artikelen genoemd in voetnoot 30.

38 TK 1998/1999, 26 200 VI, nr. 65.

39 Zie p. 2 van het Gewijzigde kabinetsstandpunt implementatie.

40 Zie artikel 84a Elektriciteitswet 1998, artikel 63a Gaswet, artikel 13c Postwet, en artikel 1.5 Telecommunicatiewet en de daarbij behorende wetsofflagen.

41 Zie het voorgestelde artikel 1a, lid 2, Elektriciteitswet 1998 en het gewijzigde artikel 59 Gaswet.

42 Zie m.b.t. de Telecommunicatiewet artikel IV, onder K, van het wetsvoorstel.

43 Zie m.b.t. de Telecommunicatiewet artikel IV, onder E, van het wetsvoorstel.

44 Zie m.b.t. de Telecommunicatiewet artikel IV, onder N, van het wetsvoorstel.

45 Zie de voorgestelde artikel 26 (nieuw) en 27 (nieuw) Postwet.

De voorgestelde verruiming van delegatie is niet noodzakelijk voor een tijdige implementatie

Het verloop van de implementatie tot nu toe

Energie. De wetten ter implementatie van de EG-richtlijnen voor de interne EG-markt voor de sectoren elektriciteit en gas van medio 2003⁴⁶ zijn, zoals de MvT aangeeft,⁴⁷ nagenoeg op tijd (slechts met een vertraging van enige weken) in werking getreden.⁴⁸ Hierin kan dus geen aanleiding worden gevonden voor de noodzaak tot verruiming van de delegatieregeling in de betrokken sectorwetten.

Post. De EG-postrichtlijn van 15 december 1997⁴⁹ is medio februari 1999 in werking getreden.⁵⁰ De wijzigingswet van de Postwet ter implementatie van deze EG-richtlijn is op 1 juni 2000 in werking getreden;⁵¹ dat is ruim 1 jaar en 4 maanden na afloop van de implementatietermijn van die richtlijn. Het wetsvoorstel voor deze wijzigingswet is op 28 december 1998 ingediend; dat is 1,5 maand vóór de afloop van de implementatietermijn van genoemde richtlijn.

Een extra vertragende factor bij de voorbereiding van het wetsvoorstel is geweest, dat in de implementatiewet tevens een wijziging van het nationale beleid is meegenomen. Op grond daarvan is in de implementatiewet de omvang van de openbare postale dienstverlening voor binnenlands postvervoer buiten het monopolie voor brieven beperkt tot het vervoer van post tot het toegestane gewicht tegen het openbare enkelstukstarief. Die beperking was voor de implementatie van de richtlijn zelf niet noodzakelijk.⁵²

Uit het voorgaande kan in elk geval met reden worden afgeleid dat de ambtelijke voorbereiding van het wetsvoorstel veel te laat op gang is gekomen en dat hierin vermoedelijk ook de oorzaak ligt van de te late implementatie.

Telecommunicatie. Het Europese regelgevingskader voor de elektronische communicatienetwerken en -diensten (hierna: het Europese regelgevingskader)⁵³ dateert van 7 maart 2002 en de nieuwe dienstenrichtlijn van de Commissie van 16 september 2002. Deze EG-besluiten moesten ingevolge de daartoe voorziene termijnen vóór 24 juli 2003 zijn geïmplementeerd. De desbetreffende wijzigingswet van de Telecommunicatiewet is op 19 mei 2004 in werking getreden; dat is bijna 10 maanden na afloop van de implementatietermijn. Het voorstel voor die wijzigingswet is 3 maanden voor de afloop van de implementatietermijn ingediend op 25 april 2003; dat is ruim 1 jaar en 1 maand na de vaststelling op 7 maart 2002 van het Europese regelgevingskader en ruim 7 maanden na vaststelling van de dienstenrichtlijn van de Commissie.

Ook hier kan dus met reden worden aangenomen dat de ambtelijke voorbereiding van de ontwerpwet en van de ontwerp-AMvB's veel te laat op gang is gekomen en dat hierin de oorzaak ligt van de te late implementatie.

De gevolgen van toekomstige EG-besluiten voor de sectoren energie, post en telecommunicatie voor de implementatie

Energie en telecommunicatie. De interne EG-markt voor deze sectoren is thans nagenoeg geheel gerealiseerd. EG-besluiten voor deze sectoren zullen nog wel op onderdelen worden aangepast en aangevuld. Zij zullen echter niet regelmatig, laat staan frequent, ingrijpende veranderingen ondergaan, zoals de MvT bij het wetsvoorstel het doet voorkomen.⁵⁴ Dergelijke EG-besluiten zijn op basis van een vroegtijdige ambtelijke voorbereiding,⁵⁵ tijdige indiening bij het parlement en prioriteit bij parlementaire behandeling van wetsvoorstellen⁵⁶ ook met afzonderlijke wetswijziging tijdig te implementeren. Er is dus geen noodzaak om voor een tijdige implementatie van EG-besluiten voor de betrokken sectoren nu met een structurele wijziging van de delegatieregelingen in de betrokken sectorwetten te komen.

Post. De EG-postrichtlijn van 1997 voorziet in: de minimum-eisen ten aanzien van de omvang en de uitvoering van de nationale en internationale openbare postale dienstverlening, de begrenzing van de omvang en van de verdere afbouw van in verband met die openbare dienstverlening bestaande nationale exclusieve rechten voor brievenvervoer, en de instelling van een onafhankelijke instantie voor het toezicht op de uitvoering van de openbare postale dienstverlening.⁵⁷

De verdere afbouw van die nationale exclusieve rechten is in het kader van de wijziging in 2002 van de EG-postrichtlijn van 1997⁵⁸ in beginsel op zijn vroegst voorzien in 2009.⁵⁹ De regering heeft echter het voornemen om de Nederlandse postmarkt eerder te liberaliseren, en wel in 2007.⁶⁰ In het kader van de daarvoor nodige aanpassing van de Postwet kan ook de wenselijkheid van een andere grondslag voor de delegatie van EG-besluiten worden bezien. Van enige noodzaak om het wetsvoorstel ook uit te strekken tot de postsector is derhalve geen sprake.

De begrenzing van de voorgestelde delegatie is te ruim

Algemene aspecten. Zoals hiervoor is aangegeven wordt in het wetsvoorstel het onderwerp van delegatie voor elke betrokken sectorwet onder meer omschreven door een limitatieve opsomming van de bij de sector betrokken deelonderwerpen,

46 Voor elektriciteit: Richtlijn 2001/77/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 september 2001, *PbEG* 2001, L 283/33, en Richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003, met volledig gerectificeerde publicatie van de Nederlandse versie in: *PbEG* 2004, L 16/74. Voor gas: Richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2004, *PbEG* 2003, L 176/57, met rectificatie in *PbEG* 2004, L 17/94.

47 Nota n.a.v. het verslag, p. 6.

48 Zie voor deze implementatiewetten de voetnoten 26 en 27.

49 Richtlijn 97/69/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 1997, *PbEG* 1998 L 15/24, zoals nadien op enige onderdelen gewijzigd door Richtlijn 2002/39/EG van 10 juni 2002, *PbEG* 2002 L 176/21.

50 Artikel 24 j° artikel 25 van de EG-postrichtlijn.

51 Zie voetnoot 28.

52 Zie hierover: D.F. Edens, 'Het overheids-toezicht op de tarieven voor postvervoer', in: *Tarieven – Regelgeving en toezicht*, onder redactie van H.J. de Ru, Monografieën Overheid en markt, 2003-3, par. 5.3.1 en 5.3.2, p. 105-106.

53 De kern van dit Europese regelgevingskader bestaat uit een viertal richtlijnen en één beschikking van het Europees Parlement en de Raad. Het betreft hier de Kaderrichtlijn 2000/21/EG (*PbEG* 2002 L 108/33), Richtlijn 2002/19/EG (*PbEG* 2002, L 108/7), Richtlijn 2002/20/EG (*PbEG* 2002 L 108/21), Richtlijn 2002/22/EG (*PbEG* 2002 L 108/51), en de Beschikking 676/2002/EG (*PbEG* 2002 L 108/1). Aan-sluitend heeft de Commissie op grond van artikel 86, lid 3, EG-Verdrag een nieuwe dienstenrichtlijn vastgesteld (Richtlijn 2002/77/EG, *PbEG* 2002 L 29/21).

54 De MvT (p. 3) hanteert hiervoor als argument dat het bij alle drie sectoren om zgn. transitie markten gaat. Dit argument geldt alleen nog voor het postvervoer. Dit blijkt ook uit de EG-postrichtlijn, die blijkens de titel en preambule betrekking heeft op de ontwikkeling van de interne markt voor de postsector en daarbij ook voorziet in de verdere afbouw van de nationale exclusieve rechten. Daarentegen blijkt uit de titel en preambule van de EG-richtlijnen voor de energiesector en de telecommunicatiesector, dat deze richtlijnen voorzien in de realisering van de interne EG-markt voor die sectoren.

waarop de regeling in toekomstige EG-besluiten betrekking kan hebben. Op zich wordt daarmee wel het onderwerp van mogelijke delegatie begrensd.

Echter, de zeer algemene aard van de bij iedere sector genoemde deelonderwerpen en het totaal van de limitatieve opsomming daarvan resulteren wel in een zeer ruime begrenzing van het onderwerp van delegatie. Die begrenzing is zelfs zo ruim getrokken, dat deze de gehele sectorspecifieke marktordering in de meest ruime zin met inbegrip van verschillen- de daarbij betrokken openbare belangen omvat.

Een dergelijke ruime omschrijving van het onderwerp van delegatie geeft aanleiding tot de volgende kanttekeningen:

- a. De omschrijving van het onderwerp van delegatie is veel ruimer dan de omschrijving van de werkingssfeer van de huidige EG-richtlijnen voor die sectoren.⁶¹
- b. Betwijfeld moet worden of de zeer ruime omschrijving van het onderwerp van delegatie nog wel te rijmen valt met het beginsel van wetmatigheid van bestuur, en geen inbreuk maakt op de grondwettelijke zeggenschap van het parlement bij het tot stand brengen van wetten.
- c. Dit geldt temeer nu de zeer ruime begrenzing van de delegatie tevens ook een wezenlijke uitbreiding inhoudt van het toepassingsgebied van elk van de betrokken sectorwetten.
- d. De in de omschrijving van het onderwerp van delegatie genoemde deelonderwerpen houden op belangrijke punten overlappings in.⁶² Daardoor is die omschrijving onhelder.
- e. Daarom lijkt een meer beperkte en concretere omschrijving van het te regelen onderwerp van delegatie binnen het bestaande toepassingsgebied van de onderscheiden sectorwetten geboden.
- f. Ook worden het onderwerp van de bij delegatie te geven regeling en de openbare belangen die bij die regeling zijn of kunnen zijn betrokken, niet geheel uit elkaar gehouden.
- g. Dit onderscheid is van belang, omdat met betrekking tot het voorgestelde onderwerp van delegatie ook EG-besluiten kunnen worden vastgesteld, waarvan het 'objectieve zwaartepunt'⁶³ van de regeling in een EG-besluit ligt in een openbaar belang, waarvoor het EG-Verdrag in een afzonderlijke grondslag voorziet.⁶⁴ Dit is op het gebied

van energie nu al relevant.⁶⁵ Hiermee is in het voorgestelde artikel 1a (nieuw) Elektriciteitswet 1998 géén rekening gehouden.

h. Daarnaast is denkbaar dat er openbare belangen zijn, die niet in het wetsvoorstel zijn genoemd. Te denken valt hier aan de externe fysieke veiligheid van mens en omgeving. Dit openbaar belang speelt niet alleen een rol in de regulering van de energieproductie en -distributie,⁶⁶ maar in beperkte zin ook bij de openbare postale dienstverlening⁶⁷ en bij de veiligheid van apparatuur bij telecommunicatie.⁶⁸ Ook afzonderlijke vermelding van dit openbaar belang in de omschrijving van onderwerpen, waarop de regeling in toekomstige EG-besluiten betrekking kan hebben, lijkt daarom wenselijk.

Postwet. Zowel de Europese als de nationale regelgeving voor de postsector heeft niet betrekking op al het postvervoer. Het gaat hierbij alleen om het postvervoer, dat uit het oogpunt van de daarbij betrokken openbare belangen een afwijkende regeling behoeft ten opzichte van de algemene Europese en nationale marktregeling voor het wegvervoer en van de internationale en nationale civielrechtelijke regels voor het wegvervoer.⁶⁹

Daarentegen gaat het wetsvoorstel bij de begrenzing van het onderwerp van delegatie in de Postwet uit van toekomstige EG-besluiten, die voorzien in een afzonderlijke marktregeling voor al het postvervoer op de markt.⁷⁰ Op zich zou dit geen bezwaar zijn, indien er rekening mee zou moeten worden gehouden dat de doelstelling van de toekomstige EG-besluiten voor de regulering van de postsector in die zin zou worden verbreed. Dat is echter niet het geval. Daarmee lijkt de voorgestelde begrenzing van het onderwerp van delegatie in de Postwet veel te ruim te zijn getrokken.

De eenduidige opzet van de voorgestelde verruiming van delegatie spoort niet met de verschillen in systematiek van de onderscheiden sectorwetten

Elektriciteitswet 1998 en Gaswet. De EG-richtlijnen van 2002 voor de realisering van de interne EG-markt voor elektriciteit en gas hebben in belangrijke mate het karakter van kaderrichtlijnen, die een verbindende regeling geven op het niveau van uitgangspunten en hoofdlijnen. De nationale wetgever heeft er echter voor gekozen om de implementatie van die EG-richtlijnen zo veel mogelijk in de wet zelf te regelen. Delegatie van implementatie naar AMvB's is daardoor zeer beperkt gehouden.⁷¹ Deze systematiek van de bestaande wetten brengt noodzakelijkerwijze mee dat ook bij toekomstige implementatie

55 Zie de paragraaf over de afstemming van de nationale besluitvorming op de Europese context, alsmede de voetnoten 10 en 11 daarbij.

56 Zie de in de vorige voetnoot bedoelde paragraaf, met de voetnoten 17 en 18 daarbij.

57 Zie de omschrijving van doelstelling en toepassingsgebied in artikel 1 van de EG-postrichtlijn.

58 Zie de preambule, onder punt 14, van Richtlijn 2002/39/EG, PbEG 2002 L 177/21, waarbij de EG-postrichtlijn is aangepast.

59 Artikel 7, lid 3, EG-postrichtlijn, zoals gewijzigd bij Richtlijn 2002/39/EG, PbEG 2002 L 177/21.

60 TK 2004-2005, 29502, Toekomstige ontwikkeling van de postsector, nr. 4, Brief van de minister van EZ aan de TK van 27 september 2004, p. 1-2.

61 Men zie de omschrijving van de werkingssfeer in: artikel 1 Richtlijn 2003/54/EG (elektriciteit), artikel 1. Richtlijn 2003/55/EG (gas), artikel 1 Richtlijn 2002/21/EG (Kaderrichtlijn elektronische communicatie), en artikel 1 Richtlijn 67/97/EG (post).

62 Zie de deelonderwerpen: 'de economische activiteiten in de sector', 'de handel', 'de interne markt'.

63 Zie Kapteyn/Verloren van Themaat, aangehaald in voetnoot 4, p. 264.

64 Zie voor consumentenbescherming: artikel 153 EG-Verdrag, en voor milieu: artikel 174 en 175 EG-Verdrag.

65 Zo berust Richtlijn 2001/77/EG, PbEG 2001 L 288/33 (bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwde energiebronnen op de interne elektriciteitsmarkt) uitsluitend op artikel 175 EG-Verdrag.

66 Art 6 Richtlijn 2003/54/EG, PbEG 2004 L 16/75, en artikel 6, lid 2, onder a, Richtlijn 2003/55/EG, PbEG 2003 L 176/57.

67 Artikel 2, lid 3, Postwet. Zie voor de toelichting op deze bepaling in S&J, nr. 22, Postwetgeving c.a., p. 102.

68 Zie artikel 10.1, onder b, Telecommunicatiewet.

69 Zie S&J, nr. 22, Postwetgeving c.a., twaalfde druk 2004, onder: Inleiding bij de Postwet, par. 2.2, p. 31-33.

70 Zie de wijziging in artikel 1 j° artikel 13b (nieuw) Postwet.

71 Zie voor delegatie van implementatie van EG-besluiten bij AMvB's de bestaande artikelen 84 Elektriciteitswet 1998 en 63 Gaswet.

in veel gevallen éérs een inhoudelijke wetswijziging nodig is, voordat implementatie bij of krachtens AMvB mogelijk wordt.

Deze systematiek van beide wetten verdraagt zich slecht met de zeer ruime begrenzing van het onderwerp van delegatie in de voorgestelde wijziging van beide wetten. Weliswaar voorziet het wetsvoorstel ook voor deze wetten in intrekking bij KB van bestaande wetsbepalingen die dienen ter implementatie van bestaande EG-regels, welke worden gewijzigd bij een nieuw EG-besluit, maar het lijstje van wetsbepalingen waarvoor dit geldt is voor beide wetten zeer beperkt. Dit pleit er voor deze regeling voor beide wetten geheel te laten vervallen.

Telecommunicatiewet. Het Europese regelgevingskader voor de elektronische communicatie voorziet, net als de EG-richtlijnen voor de energiesector, in uitgangspunten en hoofdlijnen voor de realisering van de interne EG-markt voor de telecommunicatiesector. Het Europese regelgevingskader geeft daarbij evenwel een nog wat meer gedetailleerd niveau van regelgeving dan de EG-richtlijnen voor de energiesector.

Niettemin voorziet de regeling in de Telecommunicatiewet, anders dan de regeling in de Elektriciteitswet 1998 en in de Gaswet, veel meer in delegatie bij AMvB. Dit brengt mee dat de in het wetsvoorstel voorziene verruiming van delegatie in het kader van de systematiek van de Telecommunicatiewet uit systematisch oogpunt veel minder problemen oproept dan bij de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet. Dit blijkt ook hieruit, dat het wetsvoorstel er in voorziet dat een groot aantal reeds bestaande delegatiebepalingen in de Telecommunicatiewet wordt vervangen door de voorgestelde verruiming van de delegatiegrondslag van artikel 1.4 (nieuw) Telecommunicatiewet.⁷² Dit neemt niet weg dat het nieuwe artikel 1.4 een veel ruimere begrenzing van het onderwerp van delegatie heeft dan de onderwerpen van de vervallen delegatiebepalingen (zie de voorgaande paragraaf inzake de begrenzing van de voorgestelde delegatieregeling, onder: algemene aspecten).

Verder is ook hier de voorgestelde wetsbijlage, waarin de wetsbepalingen zijn gespecificeerd die bij afzonderlijke KB kunnen worden ingetrokken, erg beperkt. Daardoor is het niet zeker dat bij een toekomstig EG-besluit toch niet een wetsvoorstel nodig is om andere wetsbepalingen te wijzigen of in te trekken. Dit pleit er voor om deze regeling ook voor de Telecommunicatiewet te laten vervallen.

Postwet. De in het nieuwe artikel 13b Postwet voorziene delegatie bij of krachtens AMvB en bij ministeriële regeling houdt geen rekening met de eigen aard van de bestaande delegatieregeling in artikel 5 Postwet. Dit bestaande artikel 5 biedt aan de minister van EZ niet een regelstellende bevoegdheid met betrekking tot de uitvoering van de openbare postale dienstverlening voor binnenlands en voor internationaal postvervoer. De wetgever heeft in artikel 5 bewust voorzien in een bestuursbevoegdheid om ten aanzien van de uitvoering van de openbare postale dienstverlening bindende algemene richtlijnen te geven aan de onderneming aan wie die dienstverlening is opgedragen.⁷³ In de opzet en uitwerking van artikel 5 heeft de wetgever een eigen ruimte van die onderneming voor een bedrijfseconomisch verantwoorde exploitatie van die openbare dienstverlening willen waarborgen.⁷⁴

De delegatieregeling in artikel 5 Postwet is op zich geheel conform de EG-postrichtlijn. Dat wordt niet anders, indien in de toekomst, naast de onderneming waaraan thans de uitvoering van de openbare postale dienstverlening is opgedragen, die uitvoering ook aan een of enkele andere ondernemingen wordt opgedragen. Ook dan kan blijven worden gewerkt met een delegatieregeling als thans neergelegd in artikel 5 Postwet, zij het dat daarbij dan de huidige beperking van de toepassing tot één onderneming moet worden aangepast. Zo lang echter niet vaststaat, dat in Nederland de uitvoering van de openbare postale dienstverlening in de toekomst ook door meerdere ondernemingen op voor hen economisch uitvoerbare wijze kan worden uitgevoerd, is de voorgestelde delegatieregeling in artikel 13b niet in overeenstemming met de systematiek van de Postwet.

Deze voorgestelde delegatieregeling is ook prematuur, nu de regering in het kader van de voorgenomen liberalisering van de Nederlandse postmarkt in 2007⁷⁵ toch al de huidige regeling in de Postwet moet bezien op de voor die liberalisering nodige aanpassing.

Conclusies

- Voor een tijdige implementatie van toekomstige EG-besluiten voor de betrokken sectoren is de voorgestelde delegatieregeling voor géén van de betrokken sectoren noodzakelijk.
- De begrenzing van het onderwerp van delegatie is veel ruimer dan de werkingssfeer van de huidige EG-richtlijnen voor de betrokken sectoren.
- De eenduidige opzet van de voorgestelde zeer ruime delegatie staat haaks op de verschillen in systematiek tussen de onderscheiden sectorwetten.
- De voorgestelde delegatieregeling vormt door de zeer ruime begrenzing van het onderwerp van delegatie een uitholling van de zeggenschap van het parlement.
- Verder moet betwijfeld worden of de zeer ruime begrenzing van de delegatie te rijmen valt met het beginsel van wetmatigheid van bestuur.
- Dit geldt temeer nu door de zeer ruime begrenzing van de delegatie tevens het toepassingsgebied van betrokken sectorwetten belangrijk wordt verruimd.
- De in de omschrijving van het onderwerp van delegatie genoemde deelonderwerpen houden deels overlappingen in. Een meer beperkte en concretere omschrijving van het te regelen onderwerp van delegatie, die ook meer aansluit bij de regeling van de werkingssfeer in de bestaande EG-richtlijnen voor de sectoren, lijkt daarom geboden.
- In de begrenzing van de voorgestelde delegatie wordt ten onrechte geen onderscheid gemaakt tussen het onderwerp van de van delegatie en de bij een regeling inzake dat onderwerp betrokken belangen.
- De regeling van intrekking bij KB van in een wetsbijlage gespecificeerde wetsbepalingen is enerzijds te beperkt voor de

⁷² Zie artikel IV, onder E.

⁷³ Zie het in voetnoot 52 vermelde opstel, par. 4.2, p. 101.

⁷⁴ Idem, par. 4.2 en 4.3, p. 100-103, en par. 5.3.3, p. 107-109.

⁷⁵ Zie voetnoot 60.

sectoren energie en telecommunicatie en anderzijds te ruim voor de sector post, zodat deze regeling beter kan vervallen.

– De voorgestelde delegatieregeling is voor de Postwet prematuur. De regering heeft immers het voornemen de liberalisering van de Nederlandse postmarkt in beginsel al in 2007 te realiseren. In verband daarmee moet de Postwet al op korte termijn worden gezien op de nodige aanpassing aan een geliberaliseerde markt.

– De voorgestelde begrenzing van het onderwerp van delegatie in de Postwet houdt geen rekening met de afbakening naar onderwerp tussen de algemene vervoerswetgeving en de postwetgeving.

– De in de Postwet voorgestelde delegatieregeling houdt verder geen rekening met de eigen opzet van de bestaande delegatieregeling in artikel 5 Postwet, die niet voorziet in een regellende bevoegdheid, maar in een bestuursbevoegdheid.

Zeven essays over informatietechnologie en recht

H. Franken, J.E.J. Prins, R.E. van Esch, A.A. Quaedvlieg, E.J. Dommering, A.W. Koers, A.H.J. Schmidt, B.J. Koops en A.M.B. Lips, *Zeven essays over informatietechnologie en recht*, IteR-reeks nr. 63, Den Haag: Sdu 2003.

Boekbespreking

Paul Knol*

Op 27 november 2003 vond een congres plaats ter afsluiting van acht jaar juridisch wetenschappelijk onderzoek in het kader van het Nationaal Programma voor Informatietechnologie en Recht (ITeR). In twee ITeR programma's (1995-1998 en 1999-2002)¹ is onderzoek verricht op verschillende deelgebieden die binnen die programma's zijn onderscheiden. De onderzoeksresultaten zijn in boekvorm gepubliceerd in de ITeR-reeks, die inmiddels zo'n zeventig delen beslaat. Als 63e deel daarvan verscheen deze uitgave, die zeven essays bevat waarin wordt teruggeblikt op de resultaten van het programma. De auteurs van de essays zijn voor het grootste deel leden van de ITeR programmacommissie (gewest). Omdat de onderwerpen in de bundel net zo'n breed terrein bestrijken als het ITeR programma zelf, lukt het niet de verschillende bijdragen in enkele algemene punten te kenschetsen. Om zoveel mogelijk recht te doen aan elk van de bijdragen stip ik ze elk afzonderlijk kort aan. De breedte en diepgang van veel van de bijdragen zou een uitvoeriger reactie verdienen, maar binnen de omvang van deze aankondiging moet worden volstaan met het kort aangeven van de inhoud van de bijdragen en enkele opmerkingen, waarbij ik de meeste aandacht geef aan de voor de lezers van dit blad zeer lezenswaardige bijdrage van Dommering.

Inleiding

Als voorzitter van de programmacommissie opent H. Franken de bundel met een opstel waarvan de titel de inhoud niet aanstonds prijsgeeft: *De jurist aan infofobie en infutopie voorbij*. Franken schetst daarin de achtergronden en opzet van de beide ITeR programma's en geeft een toelichting op de zes thema's die in het tweede ITeR programma waren vastgesteld. Het zijn de thema's die in de volgende essays verder worden uitgewerkt. De brede opzet van de inleidende bijdrage maakt het onmogelijk die samen te vatten. Het Droste-effect ligt op de loer: zeventig onderzoeken samengevat in zes opstellen,

die opstellen samengevat in de inleidende bijdrage en die samengevat in een boek aankondiging? In zijn nabeschuiving wijst Franken op enkele 'digitale dilemma's' die hij apart aandacht geeft. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om de in de deelt thema's terugkerende bescherming van de persoonlijke levenssfeer en van intellectuele eigendomsrechten. De technologische ontwikkelingen leiden telkens tot nieuwe afwegingen tussen bescherming van personen en rechthebbenden tegenover bredere belangen van de samenleving, zoals veiligheid, openheid en optimale innovatie. Op sommige gebieden verschuift de nadruk van publiekrechtelijke naar privaatrechtelijke bescherming (privacy en elektronische handel), maar elders blijft de overheid in wezen de enige die voor de noodzakelijke regulering kan zorgdragen (genoemd worden de verdeling van schaarse middelen in de telecommunicatie en het auteursrecht). Hoewel de technologische ontwikkelingen op hun beurt een gedragsbepalende werking blijken te hebben, gaat Franken ervan uit dat het recht de digitale wereld zal kunnen bijhouden. Het ITeR onderzoek en de daarop gebaseerde bijdragen in dit boek illustreren zijns inziens dat er oplossingen zijn te vinden die aantonen dat niet alle geschetste dilemma's harde tegenstellingen opleveren: 'met rationele argumenten zijn verantwoorde keuzes te maken'.

Privacy

Het onderzoeksthema 'Gevolgen van ICT voor anonimiteit, privacy, traceerbaarheid en niet-traceerbaarheid' wordt door J.E.J. Prins belicht in *Acht gesprekken over privacy en aanpalende belangen*. Prins heeft acht gesprekken gevoerd met tien personen, die in verschillende rollen hun stempel hebben gedrukt op het denken over privacy en wetgeving in Nederland (Hirsch Ballin, Berkvens, Holvast, Hustinx, Fijnaut, Schreuders, Nas en Wessling en Vedder en Koops) en sluit de acht (oneerbiedig gezegd) gespreksverslagen af met vijf 'verbindende lijnen'. De

* Mr. P.C. Knol is bedrijfsjurist bij KPN Mobile en docent telecommunicatierecht e-law@Leiden, centrum voor recht in de informatiemaatschappij Universiteit Leiden.

1 Zie over het programma ook www.nwo.nl/iter.

eerste lijn is die van het ‘hellend vlak’. Te weinig wordt volgens een deel van de gesprekspartners nagedacht over de volgende stap die logischerwijs op een maatregel of besluit volgt en welke tweede stap verwerpelijk is (het zogenaamde *slippery slope*-argument). De tweede lijn betreft de wijze van bescherming. Verschillende gesprekspartners blijken aarzeling te hebben bij publiekrechtelijk toezicht. Bescherming via het privaatrecht – ‘op momenten dat men ergens last van heeft’, zoals Hirsch Ballin het uitdrukt – wordt als reële optie gezien. Voor Berkvens (en met hem Holvast) is, zoals bekend, de zeer Nederlandse weg van de zelfregulering een te weinig beproefde weg. De derde verbindende lijn is dat veel van de sprekers menen dat het onderzoek op dit terrein teveel vanuit juridische perspectief is gedaan. Empirisch onderzoek naar privacy en beleving van bescherming daarvan is te weinig beproefd, volgens met name Wessling en Nas en Vedder en Koops (die zelf dergelijk onderzoek deden²). De vierde verbindende lijn uit de gesprekken is dat veel van de gesprekspartners een overschatting van technologie waarnemen. Te veel discussies vinden plaats op basis van onjuiste perceptie van de mogelijkheden en onmogelijkheden van ICT. In veel gevallen ziet men slechts dat bestaande mogelijkheden dankzij ICT wel worden versneld, maar niet principieel veranderd (zo Holvast naar aanleiding van een gesprek over ‘datamining’). De laatste lijn betreft de gevolgen van internationalisering. Berkvens wijst op de geringe handhaafbaarheid van de regels wanneer grensoverschrijdende elektronische communicatie aan de orde is. Het denken daarover heeft nog niet geleid tot adequate oplossingen. Het gesprek met Hustinx levert hieromtrent aardige inzichten op in verband met diens betrokkenheid bij de totstandkoming van de zogenaamde *Safe Harbor Principles*. Met het oog op gegevensuitwisseling tussen Europa en de VS zijn die principes ontwikkeld om – zonder directe harmonisatie van rechtstelsels – een gezamenlijk niveau van ‘adequate bescherming’ te omschrijven, die gegevensuitwisseling aanvaardbaar zou maken. De acht gesprekken leveren veel – onderling soms zeer verschillende – invalshoeken op, die leren dat het denken over privacy en bescherming nog sterk in beweging is. Zo staat in de recent heftig oploeiende discussies over grondrechten in Nederland de bescherming daarvan net zo centraal als de doorbreking daarvan met het oog op de veiligheid. In parallelle discussies wordt zowel gedebatteerd over striktere regels voor gebruik en opslag van verkeersgegevens, als over het oprekken van bewaarplichten omtrent die gegevens. Hoewel de acht gesprekken geen eenduidige richtingaanwijzers opleveren, bevatten ze voldoende boeiende gezichtspunten met het oog op een zinvolle voortzetting van die discussies.

Elektronische handel

Een belangrijk thema in het tweede ITeR programma betrof *De betrouwbaarheid van het handelsverkeer (e-commerce)*, waarover R.E. van Esch schrijft. Hij concentreert zich op twee thema’s: de (buiten)contractuele verhoudingen tussen actoren onderling en actoren en derden, alsmede de juridische status van elektronische bestanden. Vooraf geeft hij een overzicht van de

(bij de verwachtingen achterblijvende) ontwikkeling van elektronische handel en van de instrumenten waarmee elektronische handel wordt gereguleerd. Het aantal actoren dat betrokken is brengt mee dat er onderling veel en verschillende relaties bestaan: tussen transactiepartijen en tussen dezen en bij de uitvoering betrokken partijen (vervoerders, banken, verzekeraars), de overheid, internetintermediairs (ISP’s en beheerders van marktplaatsen), leveranciers van hardware en software en derden. Tussen transactiepartijen zijn diverse typen relaties te onderscheiden, zoals de multilaterale EDI (vergelijk de zogenaamde B2B marktplaatsen) en transacties tussen bedrijven en consumenten, waarvoor richtlijnen terzake van koop op afstand en elektronische handel juridische kaders hebben aangedragen. De wetgeving op dat terrein is een belangrijk onderzoeksgebied binnen ITeR geweest. Van Esch wijst onder het kopje ‘transparantie’ op de samenloop van de informatieplichten die met de verschillende wettelijke regelingen zijn geïntroduceerd. Naast de algemene informatieplicht van art. 3:15d BW wijst hij op de bepalingen met betrekking tot commerciële communicatie (art. 3:15e BW), met betrekking tot diensten van de informatiemaatschappij (art. 6:227b BW) en koop op afstand (art. 7: 46c BW). In aanvulling daarop kan ook worden gewezen op de informatieplichten van aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten (art. 7.1 Telecommunicatiewet) en aanbieders van openbare telefoondiensten (art. 3.2 Regeling universele dienstverlening en eindgebruikers). Nog daargelaten de vele – deels onnodige – verschillen die bestaan tussen de omschrijvingen van deze informatieplichten, kan mijns inziens met recht worden betwijfeld of al deze gescheiden regels voor vergelijkbare of zelfs overlappende situaties nu werkelijk bijdragen aan ‘transparantie’. Het is een vraag waaraan Van Esch in dit verband niet toekomt, maar waarnaar wat mij betreft nog wel eens mag worden gekeken.

Auteursrecht

A.A. Quaadvlieg schetst in zijn bijdrage, *Een nieuw auteursrecht tussen eigendom van expressiewerken en beleid voor kennisdiensten*, de invloed van ICT op het auteursrecht. Kopiëren en communiceren zijn zowel het hart van het auteursrecht als van het internet. Dit onderwerp illustreert dan ook hoe radicaal de digitalisering achtereenvolgens de techniek, het handelsverkeer, het recht en de hele maatschappelijke omgeving omvormt. De auteur schetst de ontwikkeling van het begrip ‘werk’ in het auteursrecht als gevolg van ICT. Het traditionele auteursrecht beschermde een uiting, een persoonlijke expressie, maar bij de toepassing van het auteursrecht op informatieproducten raakt het persoonlijke karakter van beschermde werken naar de achtergrond. Zowel bij de traditionele werken als bij informatieproducten is de kwetsbaarheid voor kopiëren de beslissende economische karakteristiek voor de roep om bescherming. Mede doordat er veelal weinig fysieke beperkingen zijn voor de vervoelvoudiging en openbaarmaking van digitale producten veranderde echter de betekenis van het exploitatierecht. Informatieproducten behoren steeds vaker toe aan dienstaanbieders en meer dan bij traditionele werken

² Zie A. Vedder en B.J. Koops, *Opsporing versus privacy: de beleving van burgers*, ITeR-reeks nr. 45, Den Haag: Sdu 2001.

³ H. Bouwman, E. Dommering, N. van Eijk, N. Sitompoel en H. de Vlaam, *Interconnectie: het vaste telefoonnet, het mobiele net en internet*, Sdu Uitgevers Den Haag, 2004, ITeR reeks nr. 65 (blijkens het voorwoord afgerond in december 2002!).

⁴ Enkele auteurs ervaren dat ook met een Leids ITeR stand van zaken onderzoek naar het ‘Verplicht delen van bedrijfsmiddelen in de telecommunicatie’. Nog voor publicatie van het rapport zijn we eigenlijk al aan een derde editie toe,

omdat telkens voor afsluiting ervan op één of meer punten zich zodanige wijzigingen in de regelgeving voordoen dat ingrijpende aanpassing noodzakelijk is.

⁵ Alle aanbieders moeten sinds de privatiseringen van de jaren 90 rekenschap afleggen aan private kapitaalverstrekkers. Het argument dat een toezichthouder een onverwachte keuze voor of tegen het beleid van de onderneming heeft gemaakt doet het bij hen niet goed. Er zijn denk ik dan ook weinig sectoren waar in jaarverslagen en prospectussen zoveel aandacht wordt besteed aan het ‘regulatory framework’ als in de telecommunicatiesector. Financieel analisten

bepalen gemengde vormen van dienstverlening en licentie-verlening de rechten van rechthebbenden en gebruikers. De geschetste trend is er dan ook één waarin steeds meer de licentiepolitiek van informatiedienstverleners (en de bepaling van redelijke vergoedingen) voorwerp van collectieve onderhandelingen, politiek ingrijpen en beslechting door gespecialiseerde colleges zal worden. De wijze waarop het publiekrecht daarbij (institutioneel) een rol zal spelen acht hij nog onderbelicht. Dat bij dit alles de positie van de auteur op de achtergrond raakt, verklaart Quaadvlieg uit deze ontwikkeling van het auteursrecht, maar zijns inziens is het nog steeds het belang van die auteur dat de enige legitimatie geeft voor het topzware regime dat het auteursrecht is. De conclusie van Quaadvlieg is dat het auteursrecht steeds meer het domein van beleidsmatige belangenafwegingen wordt. Die ontwikkeling is nog niet voltooid en verder onderzoek zal ook na het ITeR-programma noodzakelijk zijn.

Telecommunicatie

E.J. Dommering neemt in deze uitgave het onderdeel telecommunicatierecht voor zijn rekening. Zijn bijdrage, *Telecommunicatie in de jaren negentig: van de Big bang naar een geordend heelal of een nieuw zwart gat?*, geeft een mooi overzicht van de ontwikkeling in dit rechtsgebied gedurende de acht jaar van het ITeR programma. Het thema 'ICT en infrastructuur (telecommunicatie)' zoals dat in het tweede ITeR programma was geformuleerd heeft misschien in aantal rapporten minder bijdragen opgeleverd dan sommige andere thema's, maar de ontwikkelingen op dit gebied zijn er niet minder om geweest. Wellicht zijn de ontwikkelingen zelfs zo snel gegaan dat juist daardoor auteurs ervan zijn weerhouden over bepaalde onderwerpen onderzoek te doen. Zo was het beschrijvende deel van een ITeR rapport over interconnectie³ op vele punten door de tijd achterhaald op het moment van publicatie ervan. De auteurs kan dat (mede gezien de lange tijd tussen afsluiten kopij en publicatie) niet worden verweten, maar het illustreert wel de tijdelijkheid van 'stand van zaken' onderzoek op een zich zo snel ontwikkelend gebied.⁴ Het essay geeft een mooie schets van de ontwikkeling en trekt lijnen tussen onderdelen die veelal afzonderlijk worden besproken. Zowel het onderwerp als de conclusies van de auteur geven mij aanleiding om op sommige punten wat uitvoeriger in te gaan.

Terugblikkend op het proces van verzelfstandiging, privatisering en liberalisering in de telecommunicatie constateert Dommering dat teveel de nadruk heeft gelegen op het afbreken van de bestaande exclusieve posities van de nationale 'incumbents' en te weinig is gekeken naar de doeleinden die daarmee werden nagestreefd. Het is inderdaad op zijn minst genomen opvallend dat het expliciet maken van de doelstellingen van de regulering in artikel 8 van de Kaderrichtlijn 2002/21/EG, *PBEG* 2002 L 108/33) ten tijde van de totstandkoming daarvan werd gepresenteerd als één van de 'noviteiten' van het herziene regelgevende kader voor de elektronische communicatiesector 2002. Wie vervolgens kijkt naar de uitwerking in dat artikel – en in de implementatie daarvan in art.

1.3 Telecommunicatiewet – zal zien dat ook deze verbetering nog niet tot eenduidigheid van de na te streven doelstellingen leidt: zowel het nastreven van optimale innovatie en infrastructuurconcurrentie als het zorgdragen voor lage tarieven valt binnen die doelstellingen. Toch zullen weinigen betwifelen dat tussen die beide doelstellingen spanning kan bestaan. Dommering signaleert dat het ontbreken van heldere doelstellingen eraan heeft bijgedragen dat in de rechtspraak een nogal formele benadering van het voorliggende recht is gevolgd. Die constatering valt moeilijk te bestrijden, maar dat lijkt eerder aan de wetgever dan aan de rechter te wijten. Ruime bevoegdheidstoedeling aan toezichthouders, zonder heldere beleidsdoelstellingen moet wel leiden naar de vraag over de rechtmatigheid van besluiten. Of men het nu bekijkt vanuit de positie van 'gevestigde marktpartijen' of vanuit nieuwe toetreders: voorspelbaarheid van toezicht is noodzakelijk om investeringen te rechtvaardigen en bedrijfsbeslissingen te nemen.⁵ Belangrijker dan de vraag of een toezichthouder voldoende armslag krijgt van de toetsende administratieve rechter, lijkt mij dan ook de vraag hoe het toezicht zo kan worden ingericht dat naast de mogelijkheid om op ontwikkelingen in te spelen ook voorspelbaarheid gegarandeerd kan worden. De invoering van artikel 1.3 op zich zal dat niet bewerken. Weliswaar leidt dat artikel ertoe dat OPTA motieven achter besluiten explicieter moet maken dan tot op heden wel eens het geval was, maar dat brengt ons nog niet dichterbij enige zekerheid op langere termijn. Het is mijn stellige overtuiging dat partijen meer bereid zijn iets van hun principiële stellingen in te leveren als zij daartegenover duidelijkheid verkrijgen, dan als elke vervolgstap open blijft staan en opnieuw bevochten moet worden. Dat veel besluitvorming plaatsvindt in het kader van bilaterale geschillen draagt aan de noodzakelijke duidelijkheid niet bij. Daargelaten dat ons rechtstelsel niet erg is ingericht op (deels privaatrechtelijke) geschillenbeslechting binnen de kaders van administratiefrechtelijk toezicht – zoals Dommering terecht constateert – leent bilaterale geschilbeslechting zich slecht voor 'marktregulering'. Het nieuwe kader van de Telecommunicatiewet zou er mijns inziens dan ook toe moeten leiden dat de concretisering van verplichtingen vooraf zo helder mogelijk moet zijn.⁶ Met vermindering van het aantal rechtsgangen (in veel gevallen is bezwaar vervallen en staat nog slechts één rechtsgang open⁷) zal sneller dan voorheen duidelijk zijn of een daarbij ingeslagen weg de rechterlijke toets doorstaat. Helderere regels vooraf kunnen in sommige gevallen zelfs beter worden opgelegd via algemeen verbindende regels – waartoe de wet op vele plaatsen mogelijkheden laat – dan via interpretatie van vage normen in bilaterale geschillen.⁸

Onder het thema 'netwerklaag' vat Dommering een aantal discussies samen die in het kader van de liberalisering van telecommunicatie-infrastructuren zijn opgekomen. Vragen van schaarsteverdeling en mededinging, maar ook vragen naar eigendom en verhandelbaarheid, spelen niet alleen bij frequentiegebruik, maar evenzeer bij kabels en nummers.⁹ Op dit terrein bestaan talloze Doornroosjes die in de tientallen jaren van (landelijke en lokale) monopolies in diepe slaap keerden. Dat de Hoge Raad op 6 juni 2003 telecommunicatie-

duiken net zo snel op besluiten van toezichthouders als op die van de ondernemingsleiding van de geanalyseerde bedrijven. Analistenrapporten bevatten taxaties op de kans van slagen van beroepsprocedures.

6 Wat ertoe zou moeten leiden dat verplichtingen die worden opgelegd aan aanbieders met aanmerkelijke marktmacht reeds bij oplegging zo concreet mogelijk moeten zijn (vgl. art. 6a.6 e.v. Tw). Hoe meer ruimte voor interpretatie achteraf, hoe meer van de invulling onzeker is en later via bilaterale geschillen en

discussies moet worden opgelost.

7 Zie art. 17.1 Telecommunicatiewet.

8 Zie ook CBB 8 december 2004, LJN AR8303, inzake de interpretatie van de termijnen waarbinnen nummerportabiliteit moet zijn gerealiseerd.

9 Dommering spreekt breder en juist van 'adresgegevens', dat de functie en breedte van het begrip beter weergeeft, maar ik houd hier nog het wettelijke begrip (hoofdstuk 4 Tw) aan.

kabels – tot verbazing van vele civilisten: voor sommigen als verrassing – onroerend verklaarde¹⁰ kwam alleen maar omdat pas eind negentiger jaren dergelijke kabels op grote schaal werden overgedragen. Alleen om die reden werd de al heel lang bestaande feitelijke situatie door de hoogste rechter juridisch geduid. Ook bij frequenties en nummers kwamen vragen naar voren die van groot praktisch, economisch en juridisch belang zijn, maar voordien slechts theoretische interessant waren. Onder dit thema bespreekt Dommering ook de ontwikkelingen rondom interconnectie (en de daarbij ontstane gedetailleerde tariefregulering), de ontwikkeling van spraak- naar dataverkeer en de ontwikkeling van omroepnetwerken naar telecommunicatienetwerken. Het betoog onderstreept op vele plaatsen de moeite die het heeft gekost om de wetgeving en de toepassing daarvan bij de ontwikkelingen te laten aansluiten. Vooral in de verhouding tussen publiek- en privaatrecht lijkt – in de woorden van Dommering – ‘de rechtsvinding vooralsnog behoorlijk in de war geraakt’. Die constatering kan alleen maar worden gedeeld, maar daarmee komt de oplossingsrichting nog niet naderbij. Dommering bespreekt in dit kader onder meer de vraag of in een geschil over toegang (of over tarieven daarvoor) het toezicht houdende bestuursorgaan de mogelijkheid moet hebben om ‘vanaf het moment dat de onrechtmatigheid zich voordeed’ (de toegangsweigering, het hoge tarief) een beslissing te nemen. Het CBB¹¹ bleek terughoudend, door uit te maken dat op grond van de rechtszekerheid een beslissing over een tarief slechts voor de toekomst kan gelden. Dommering twijfelt aan het gelijk van het CBB, mede omdat ook bij de civiele rechter de in het gelijk gestelde partij – die van de door het bestuursorgaan vastgestelde rechtsverhouding zal uitgaan – niet met succes kan aankloppen. Op het eerste gezicht klinkt het standpunt van Dommering sympathiek, maar ik heb daarbij toch grote aarzeling. Het gebruik van het woord ‘onrechtmatig’ is in veel van deze gevallen misleidend. Het bestuursorgaan (vrijwel steeds OPTA) is in veel van de geschillen waarom het hier gaat gedwongen een belangenafweging te maken tussen partijen op gebieden waar de normen allerm minst helder (en soms zelfs tevooren non-existent) zijn. Toegangsverplichtingen worden gecreëerd uit vage normen, tariefbesluiten hebben soms betrekking op tarieven die jarenlang algemeen als ‘normaal’ werden beschouwd. In dergelijke gevallen is het kunstmatig om voorafgaand aan een uitspraak van OPTA het handelen als (civielrechtelijk) ‘onrechtmatig’ te bestempelen. Eerst door de nieuw vastgestelde norm komt vast te staan dat toegangverlening geboden is of welk tarief door OPTA als ‘redelijk’ wordt bestempeld. Op grond van een wettelijke bevoegdheid stelt OPTA (vanaf dan) normen vast die tussen partijen hebben te gelden. Die normen maken vanaf dat moment deel uit van de rechtsverhouding tussen partijen. Net zoals in een contractuele relatie een zwaar bevochten tariefverlaging pas werking heeft vanaf het moment van overeenstemming (en niet vanaf het begin der onderhandelingen), heeft een besluit van OPTA dat op dat punt de rechtsverhouding vaststelt pas vanaf dat moment werking. Mijns inziens is het vooral de tot op heden lange doorlooptijd van procedures die de door Dommering opgeworpen vraag oproept. Met het vervallen van bezwaar en een beroepsgang bij de meeste relevante besluiten in dit kader zal aan dat punt hopelijk al enigszins tegemoet worden gekomen.

Onder het thema ‘diensten’ gaat Dommering voornamelijk in op enkele vragen rondom grondrechten en rechtsmacht bij

zowel openbare communicatie (waaronder omroep) als vertrouwelijke communicatie. Hij eindigt met enkele ‘toekomst-bespiegelingen’. Hoewel aan de veelheid van boeiende informatie en meningen daarmee tekort wordt gedaan beperk ik me tot het weergeven van de door Dommering besproken vragen waar we in de nabije toekomst mee aan de slag moeten. De voortgaande internationalisering heeft nog niet een duidelijke oplossingsrichting voor de vele vragen – vooral rondom internet – die een internationaal karakter hebben. Bij regulering van toegangsvragen tot netwerken is het nieuwe kader techniekonafhankelijk, maar bij de noodzakelijke marktafbakeningen wordt voorlopig nog sterk teruggedrepen op historische onderscheidingen. Ook nieuwe technologieën zullen nieuwe vragen oproepen waar nog geen algemeen aanvaardbare antwoorden voor bestaan. Glasvezel tot in elke woning is voor sommigen een droombeeld, maar de rol van de (lokale of centrale) overheid daarbij is nog onduidelijk. Convergentie van diensten zal mediaregels doen verouderen. Digitalisering van radiocommunicatie zorgt voor meer toepassingsmogelijkheden, maar roept ook weer nieuwe verdelingsvragen op. Met andere woorden: er is ook op dit terrein met het afsluiten van het ITeR programma geen einde gekomen aan (de noodzaak tot) wetenschappelijk onderzoek. Bij de conclusie van Dommering dat daarbij lange-termijndenken noodzakelijk is en de noodzakelijke expertise daarvoor een wisselwerking vormt van recht, economie en techniek sluit ik mij graag aan.

ICT en openbaar bestuur

A.W. Koers en A.H.J. Schmidt kijken in een Utrechts-Leidse coproductie, *ICT en organisaties van Recht en Openbaar Bestuur*, terug op het ITeR-onderzoek gericht op toepassing van ICT in rechtspraak en openbaar bestuur. Ze onderscheiden daarbij in projecten die de publieke taak van het openbaar bestuur hebben onderzocht ten aanzien van informatievergaring, informatieverwerking, of informatieverzorging. Ze concluderen dat het uitgevoerde onderzoek vooral ‘traditioneel positief-rechtelijk’ (inventariserend en interpreterend) van aard is geweest. Vanuit de stelling dat als het om ICT gaat we stelselmatig de effecten op korte termijn overschatten, maar die op lange termijn onderschatten, komen ze dan ook tot de conclusie dat een evolutie in het denken over instellingen van recht en openbaar bestuur in relatie tot ‘cyberspace’ noodzakelijk is. Bestaande paradigma’s moeten ter discussie (kunnen) komen. Een overheid waarvan de bestaansgrond in belangrijke mate ligt in het scheppen en borgen van maatschappelijk vertrouwen mag er niet zonder meer van uitgaan dat ‘cyberspace’ kan worden overgelaten aan het vrije spel der krachten. De invloed van ICT zal leiden tot ander maatschappelijke processen en dat zal ook gelden voor de rol van de overheid daarbij. De oproep naar verder en breder onderzoek klinkt ook hierin op.¹²

Regulering internet

De boeiende slotbijdrage van B.J. Koops en A.B.M. Lips, *Wie reguleert het internet? Horizontalisering en rechtsmacht bij de technische regulering van het internet*, sluit aan op het ITeR thema ‘Horizontalisering, gezagsvormen en rechtsmacht van staten’. In deze bijdrage geen samenvatting van uitgevoerd onderzoek,

¹⁰ HR 6 juni 2003, AD3591 en AD3578, *Mediaforum* 2003-7/8, p. 244-246 (m.nt. M. Geus en P. Camps) en 2003-9, p. 296.

¹¹ CBB 25 april 2002 (KPN Mobile/Dutchtone/OPTA), *Mediaforum* 2001-10, p. 320 (m.nt. A.T. Ottow), *Computerrecht* 2001, p. 207 (m.nt. E.J. Dommering).

¹² Zie ook A.W. Koers, ‘Einde ITeR, lang leve het ITeR-onderzoek’, *JAVI* 2004/5, p. 177.

¹³ In het bijzonder N. Sitompoel e.a., *(Zelf)regulering van nummers en domeinnamen*, ITeR-reeks nr.46, Den Haag: Sdu 2001.

maar een onderzoek dat voortbouwt op het ITeR programma¹³. Vanuit de historie van het internet¹⁴ is de bijzondere rol die de Verenigde Staten zich lijkt toe te eigenen verklaarbaar, maar gaandeweg is er een groot aantal organisaties dat zich bezighoudt met de techniek van het internet. De auteurs bespreken deze organisaties, hun doelstellingen en de belangrijkste werkzaamheden die zij verrichten. Dat blijken er zoveel te zijn dat ik zelfs niet een poging tot samenvatting onderneem. Lezing van de beschrijving van de organisaties brengt je in een wondere wereld van formele en meer informele samenwerkingsverbanden, die in beginsel wereldwijd zijn, maar waarin organisaties uit de VS nog steeds een grote vertegenwoordiging hebben. De organisaties zijn veelal zelfstandig, hebben een non-profit karakter, werken op basis van zelfregulering en kennen allerlei onderlinge verbanden. Veel activiteiten zijn technisch van aard, er is een hoge mate van openbare standaardisatie en besluitvorming geschiedt meestal 'van onderaf' en op basis van consensus. Gedacht vanuit verantwoordelijkheden en reguleringsvraagstukken is het nauwelijks te beoordelen hoe checks and balances zijn ingericht en waar de machtscentra liggen. Zou het louter om technische middelen gaan dan is die conclusie minder verstrekkend dan nu blijkt dat via standaardisatie en techniek ook normering wordt ingebouwd van economische, sociale en juridische aard (bijv. t.a.v. taalkeuze en privacy). Hoewel de 'horizontalisering' volgens de auteurs voor een belangrijk deel gerealiseerd lijkt te zijn – en het internet daarmee op afstand van de overheid van de VS is komen te staan – is de democratische legitiemering nog onduidelijk. Deelname aan organisaties geschiedt vaak getrapt en via intransparante procedures. Het horizontale karakter van het internet roept ook onmiddellijk de vraag op naar 'verticale' territoriale rechtsmacht van staten. Op fysieke elementen die zich op het territoire van een lidstaat

bevinden kan feitelijk misschien rechtsmacht worden uitgeoefend, maar ten aanzien van het geheel kan hooguit de VS nog enige rechtsmacht pretenderen, door de rol in alle afzonderlijke organisaties. Koops en Lips noemen vier benaderingen voor het vestigen van rechtsmacht en democratische legitimiteit – een 'lex informatica' naar analogie van de 'lex mercatoria', inbedding in ITU kader, analogie met regulering van zee, maan of Antarctica en het geheel afstappen van traditionele rechtsmacht en soevereiniteit – maar concluderen zelf dat herbezinning hierop nodig is. 'Met het huidige begrip-penkader redden we het hier niet.'

Slot

Als kennismaking met het brede thema recht en informatietechnologie biedt dit boek waarschijnlijk het boeiendste overzicht dat op dit moment te vinden is. Waar de afzonderlijke delen van de ITeR-reeks wisselend zijn voor wat betreft de breedte van onderwerpen en diepgang van behandeling, hebben we hier een helikopterblik in boekvorm, die in elk van de bijdragen verder gaat dan alleen het weergeven van de stand van zaken. Met mij zullen velen het congres hebben moeten missen, maar deze uitgave vergoedt veel. Als één ding na lezing van deze bundel duidelijk wordt, dan is het wel dat onderzoek naar informatietechnologie en recht de komende jaren volop in de aandacht zal (moeten) staan. Welk van de thema's we ook bekijken; de echte fundamentele discussies lijken nu pas te gaan beginnen. De thans op grote schaal breedbandige(r) toegang tot internet voor iedereen brengt de echte effecten van de al langer aangekondigde digitalisering, convergentie en internationalisering mee. Werk aan de wetenschappelijke winkel!

14 Het vanuit het ministerie van Defensie van de VS in 1969 gestarte ARPANET ontwikkelde zich tot een aanvankelijk vooral tussen onderzoeksinstellingen en universiteiten gebruikt communicatienetwerk, dat pas in de jaren 90 geleidelijk ook werd opengesteld voor commerciële toepassingen en na de ontwikkeling en toepassing van het World Wide Web (www) uiteindelijk het thans bekende wereldwijde internet vormt.

Reactie op: Interoperabiliteit: van toverwoord tot Trojaans paard?

In zijn artikel 'Interoperabiliteit: van toverwoord tot Trojaans paard?' in Mediaforum 2005-2 werpt C.E. Schillemans een aantal vragen op betreffende de toepassing van Hoofdstuk 6 Tw na de uitspraak van het CBB in de zaak T-Mobile & Yarosa vs. OPTA. Schillemans schetst een aantal gevaren die de implementatie door de Nederlandse wetgever van een aantal kernbegrippen van de Toegangsrichtlijn² met zich meebrengt, waaronder het gevaar dat dienstenaanbieders toegang tot netwerken krijgen via de achterdeur van 'interoperabiliteit'.

Camila Borba Lefèvre
en Jaap Doeleman¹

Volgens Schillemans zijn die gevaren niet noodzakelijkerwijs geweken na voornoemde CBB-uitspraak. Hij stelt:

De door het CBB gevolgde redenering stuit mogelijk op dezelfde bezwaren als hierboven uiteengezet in het kader van de uitspraken van de minister van Economische Zaken. Bovendien is het waarschijnlijk dat OPTA zal trachten het door het CBB genoemde criterium 'verbetering van dienstverlening en communicatie- en bereikbaarheidsmogelijkheden' ruim uit te leggen. Conformiteit met de uitspraak van het CBB kan dan wellicht verzekerd worden, maar de spanning met het nieuwe regelgevend kader blijft.

Schillemans merkt terecht op dat de implementatie van de begrippen 'interconnectie', 'toegang' en 'interoperabiliteit' door de Nederlandse wetgever op gespannen voet staat met de Toegangsrichtlijn. Het CBB heeft dat – in tegenstelling tot hetgeen Schillemans betoogt – wel degelijk onderkend.

Het CBB beslecht het geschil immers op grond van een richtlijnconforme interpretatie van artikel 6.1 lid 1 Tw. Het CBB is van oordeel dat artikel 6.1 lid 1 Tw in het licht van artikelen 4 en 5 Toegangsrichtlijn zo dient te worden uitgelegd dat er voor een netwerk aanbieder als T-Mobile geen verplichting bestaat om te onderhandelen met een dienstenaanbieder als Yarosa. Dit is gebaseerd op de conclusie dat er op grond van artikel 4 lid 1 Toegangsrichtlijn alleen een verplichting bestaat om te onderhandelen over 'interconnectie' (en niet over het ongedefinieerde begrip 'interoperabiliteit'). 'Interconnectie' kan alleen plaatsvinden tussen netwerkexploitanten. Derhalve kunnen dienstenaanbieders geen recht ontleenen aan artikel 4

lid 1 Toegangsrichtlijn, aldus het CBB.³ Hiermee doet het CBB wel degelijk een uitspraak over de vraag of Hoofdstuk 6 Tw een juiste implementatie is van de Toegangsrichtlijn. Artikel 6.1 lid 1 Tw schept immers een recht voor dienstenaanbieders om te onderhandelen over 'interoperabiliteit'. De regering had zich bij de behandeling van de nieuwe Tw in de Eerste Kamer uitdrukkelijk op het standpunt gesteld dat ook dienstenaanbieders tot de kring van onderhandelingsgerechtigden van artikel 4 van de Toegangsrichtlijn behoren. Volgens de minister van Economische Zaken, lag dit besloten in de woorden 'daartoe gemachtigde ondernemingen' uit artikel 4 lid Toegangsrichtlijn. Daarmee zouden volgens de minister ook dienstenaanbieders dienen te worden begrepen.⁴ OPTA had zich in het primaire besluit in de zaak Yarosa/T-Mobile verscholen achter dit oordeel van de minister. Het CBB maakt hier korte metten mee. Volgens het CBB verwijst de zinsnede 'daartoe gemachtigde ondernemingen' naar netwerkexploitanten en niet naar dienstenaanbieders.⁵ Hiermee staat vast dat artikel 6.1 lid 1 Tw een onjuiste implementatie is van de Toegangsrichtlijn.

Het CBB beslecht het geschil derhalve niet 'in de letterlijke bewoordingen van de minister van Economische Zaken', zoals door Schillemans gesteld. Dat het CBB veel gewicht toekent aan de uitspraken van de minister tijdens de parlementaire behandeling van de wet, doet hier niet aan af. Het CBB gebruikt de woorden van de minister slechts om vast te stellen dat hetgeen Yarosa verzocht *in ieder geval* (dus afgezien van de vraag of de Toegangsrichtlijn correct is geïmplementeerd) niet onder de noemer 'interoperabiliteit' viel zoals door de minister begrepen. Dit valt af te leiden uit het feit dat het CBB het heeft over 'inter-

1 Mrs. C. Borba Lefèvre en J.F.A. Doeleman zijn beiden advocaat bij Houthoff Buruma in Amsterdam. Zij traden op voor T-Mobile in de zaak T-Mobile & Yarosa vs. OPTA (CBB 24 november 2004, LJN AR6450, gepubliceerd in dit nummer).

2 Richtlijn 2002/19/EG van 7 maart 2002, PbEG 2002, L 108/7.

3 Para. 4.2.1 t/m 4.2.3 van de uitspraak.

4 Zie MvA Eerste Kamer, Kamerstukken I, 2003-2004, 28851, C, p. 19.

5 Para. 4.2.1. van de uitspraak. De Europese Commissie heeft tevens twijfel geuit of de Toegangsrichtlijn op dit punt juist is geïmplementeerd in Nederland: 'The Netherlands law seems to extend the right and obligation to negotiate [interconnection] also to providers of publicly available electronic communications services. The Commission services are examining the conformity of such transposition arrangements.' Zie Commission Staff Working Paper van 2 december 2004, Volume I, Annex to the European Electronic Communications Regulation and Markets 2004, COM(2004)759 final, p. 23.

6 Para. 4.1.1. en 4.1.2 van de uitspraak.

7 Para. 4.1.3 van de uitspraak.

8 Brief van OPTA van 23 december 2004, kenmerk OPTA/IBT/2004/204501, beschikbaar op [http://www.opta.nl/asp/nieuwsenpublicaties/achtergrondin-](http://www.opta.nl/asp/nieuwsenpublicaties/achtergrondinformatie/document.asp?id=1507)

[formatie/document.asp?id=1507](http://www.opta.nl/asp/nieuwsenpublicaties/achtergrondinformatie/document.asp?id=1507).

9 Dit is door OPTA zelf onderkend in haar besluit van 12 mei 2004 in het geschil tussen Orange en KPN Mobile, kenmerk OPTA/JUZ/2004/201332).

10 Als een met overheidsgezag bekleedde instantie is OPTA op grond van de plicht tot gemeenschapstrouw uit art. 10 EG Verdrag daartoe gehouden. Zie zaak 14/83, Von Colson, *Jurispr.* 1984, p. 1891, r.o. 26. Recent heeft het Hof van Justitie bepaald dat de nationale rechter bij het beslechten van geschillen bij de toepassing van nationale voorschriften die ter implementatie van een richtlijn zijn vastgesteld, het gehele nationale recht in beschouwing moet nemen en dit zoveel mogelijk in het licht van de bewoordingen en de doelstellingen van een richtlijn dient uit te leggen om tot een oplossing te komen in overeenstemming is met het met de richtlijn beoogde doel (Zaken C-397 t/m 403/01, Pfeiffer et al., arrest van 24 oktober 2004, nog niet gepubliceerd. Deze regel is één op één toe te passen op OPTA, zeker bij de toepassing van de Tw bij geschilbeslechting. Zie hierover C. Borba Lefèvre, 'Doorwerking van de nieuwe richtlijnen voor elektronische communicatienetwerken en -diensten in het Nederlandse telecommunicatierecht' in *Mediaforum* 2003-7/8, p. 232-239.

operabiliteit in de opvatting van de Nederlandse wetgever⁶ en 'interoperabiliteit in de woorden van de nota naar aanleiding van het verslag'.⁷ Dit onderdeel van de uitspraak dient derhalve zo te worden gelezen dat het CBB van oordeel is dat het verzoek van Yarosa *in ieder geval* niet onder het begrip 'interoperabiliteit' – zoals door de Nederlandse wetgever opgevat – viel.

De uitspraak van het CBB was voor OPTA aanleiding om haar beleid op het gebied van interoperabiliteit te herzien.⁸ OPTA zal bij het beslechten van geschillen twee criteria hanteren: (i) de verzoekende partij moet een openbaar netwerk exploiteren, en (ii) het verzoek moet strekken tot verbetering van de communicatie- of bereikbaarheidsmogelijkheden van haar eigen klanten. Aan het tweede criterium 'verbetering van de communicatie- of bereikbaarheidsmogelijkheden van de eigen klanten' komt echter in het kader van de beoordeling of een verzoek onder artikel 6.1 lid 1 Tw valt, geen enkele betekenis toe. Dat OPTA aan dat criterium vasthoudt is onbegrijpelijk, in strijd met de Toegangsrichtlijn en in strijd met de uitspraak van het CBB. Het CBB heeft duidelijk gemaakt dat een verzoek onder artikel 6.1 lid 1 Tw slechts betrekking kan hebben op interconnectie, een dienst die door netwerkexploitanten wordt geleverd. Bij een verzoek om interconnectie gaat het om de vraag hoe het verkeer dat origineert op het netwerk van de verzoekende partij kan worden afgeleverd op het netwerk waar het voor bestemd is.⁹ Dit is geen verzoek dat betrekking heeft op de bereikbaarheidsmogelijkheden

van de eigen klanten. Het verzoek heeft bij uitstek betrekking op de bereikbaarheid van *klanten van andere aanbieders*. Het vasthouden aan dit criterium beperkt tevens in vergaande mate de bevoegdheid van OPTA om geschillen op basis van Hoofdstuk 6 Tw te beslechten. Het zou betekenen dat OPTA dergelijke geschillen slechts kan beslechten indien deze betrekking hebben op de verbetering van de communicatie- of bereikbaarheidsmogelijkheden van de eigen klanten. Hiermee zou OPTA geen geschillen kunnen beslechten die betrekking hebben op interconnectietarieven of andere voorwaarden die geen betrekking hebben op verbetering van de communicatie- of bereikbaarheidsmogelijkheden. Ook vanuit het oogpunt van OPTA zelf lijkt het niet wenselijk om aan dit criterium vast te houden.

Na de uitspraak van het CBB blijft er weinig over van wat de Nederlandse wetgever met 'interoperabiliteit' heeft bedoeld. Een richtlijnconforme interpretatie van artikel 6.1 lid 1 Tw brengt mee dat er alleen een verplichting bestaat voor netwerkexploitanten om met andere netwerkexploitanten te onderhandelen over 'interconnectie'. OPTA is te allen tijd zelf gehouden om bij geschilbeslechting, toezicht en handhaving de Tw op een richtlijnconforme manier te interpreteren en toe te passen.¹⁰ Ongeacht of de wetgever zal overgaan tot de nodige wijziging van Hoofdstuk 6 Tw, kan OPTA niet ontsnappen aan haar verplichting om het gemeenschapsrecht op een correcte manier toe te passen.

Naschrift

Kees Schillemans

Oratio pro domo. De gedachten van mrs. Borba Lefèvre en Doeleman zijn interessant en illustreren de behoefte aan duidelijkheid van de kant van de wetgever. Dat neemt niet weg dat er in de uitspraak nu eenmaal staat wat er staat en met name dat er niet staat wat er niet staat.

Het CBB constateert dat wat de Nederlandse wetgever betreft een aanbieder zich alleen op interoperabiliteit kan beroepen als dat geschiedt met het doel de communicatie- of bereikbaarheidsmogelijkheden voor zijn eigen gebruikers te verbeteren. Daartoe verwijst het CBB naar de genoemde uitlatingen van de minister.¹¹ Het CBB stelt vast dat het verzoek van Yarosa niet tot dat doel strekt.

Vervolgens, dus na geconstateerd te hebben dat artikel 6.1, eerste lid, Tw zoals blijkbaar bedoeld door de Nederlandse wetgever geen verplichting tot onderhandelen voor T-Mobile meebrengt, gaat het CBB na of dat anders zou moeten zijn in het licht van artikel 4, eerste lid, of artikel 5, eerste lid, aanhef en onder a, van de Toegangsrichtlijn. Het CBB controleert op deze wijze of artikel 6.1, eerste lid, Tw, zoals bedoeld door de minister, in overeenstemming met de Toegangsrichtlijn is. Dat is wat anders dan richtlijnconforme interpretatie.

Het CBB geeft aan dat artikel 4, eerste lid van de Toegangsrichtlijn niet tot een onderhandelingsplicht voor T-Mobile leidt. Maar daarbij laat het CBB het niet. Mrs. Borba Lefèvre en Doeleman zien over het hoofd dat het CBB ook op artikel 5, eerste lid, aanhef en onder a, van de Toegangsrichtlijn ingaat. Uit de betrokken overweging van het CBB blijkt dat van richtlijnconforme interpretatie geen sprake is, laat staan dat het CBB vaststelt dat artikel 6.1, eerste

lid Tw een onjuiste implementatie vormt:

Aan deze bepaling zou eventueel uitvoering gegeven kunnen worden door wetgeving tot stand te brengen die marktpartijen in een situatie als de onderhavige verplicht tot het voeren van onderhandelingen, maar, zoals in § 4.1.1 van deze uitspraak is uiteengezet, heeft de Nederlandse wetgever dat niet gedaan. Artikel 5 van de Toegangsrichtlijn verplichtte daartoe ook niet.

Met andere woorden: de nationale wetgever had volgens het CBB op grond van de richtlijn de mogelijkheid een verplichting in het leven te roepen voor aanbieders zoals T-Mobile om te onderhandelen met Yarosa,¹² maar koos ervoor dat niet te doen. Duidelijker kan niet worden gemaakt dat van onjuiste implementatie in de ogen van het CBB geen sprake is.

De stelling van mrs. Borba Lefèvre en Doeleman dat het in strijd met de uitspraak van het CBB zou zijn indien OPTA zou vasthouden aan het criterium dat het verzoek moet strekken tot de verbetering van de communicatie- en bereikbaarheidsmogelijkheden voor de eigen gebruikers, is tegen die achtergrond niet goed te begrijpen. Op dat criterium, geformuleerd door de minister, is de uitspraak van het CBB nu juist gebaseerd.¹³

Ook het CBB zal geconstateerd hebben dat artikel 6.1, eerste lid Tw, haar wetsgeschiedenis en de Toegangsrichtlijn geen harmonieuze drie-eenheid zijn. De door het CBB gekozen oplossing was evenwel de meest elegante jegens de Nederlandse wetgever omdat daarmee niet expliciet behoefde te worden ingegaan op de door de advocaten van T-Mobile naar voren gebrachte stelling dat de richtlijn onjuist was geïmplementeerd.

1 'Zeer wezenlijk is dat een aanbieder zich alleen op interoperabiliteit kan beroepen indien dat als doel heeft om de communicatiemogelijkheden of bereikbaarheidsmogelijkheden voor zijn eigen gebruikers te verbeteren. Het gaat er bij interoperabiliteit dus uitdrukkelijk niet om dat A op verzoek van B zijn netwerk beschikbaar stelt, zodat B zijn diensten kan aanbieden aan de

klanten van A. B handelt dan immers niet in het belang van zijn eigen gebruikers, maar primair om de exploitatie van zijn dienst uit te breiden.'

2 Om de redenen aangegeven in mijn artikel kan tegen deze overweging evenwel het een en ander worden ingebracht.

3 Zie ook Tempelman 2005, (*T&C Telecommunicatierecht*), art. 6.1, aant. 4.

Documentatie onder redactie van Bart Beuving, Laurens Dragstra,
Henri Martius, Annetje Ottow en Ricarda Oudejans
Met medewerking van Dorien Verhulst

Rechtspraak

Van rechtspraak aangeduid met een  is bij het redactiesecretariaat schriftelijk een kopie te bestellen. Kosten: €0,50 per pagina, met een minimum van €7,- per bestelling. Faxtoeslag €11,50. Prijzen zijn exclusief BTW.

J	integraal in dit nummer opgenomen
	een kopie is verkrijgbaar bij de redactie
AB	AB Rechtspraak Bestuursrecht
DomJur	Domeinnaamjurisprudentie
LJN	www.rechtspraak.nl
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJF	NJ Feitenrechtspraak

EHRM 11 december 2003, Yankov vs. Bulgarije, NJ 2005, 11 m.nt. E.A. Alkema

Artikel 10 EVRM • Smaad • Openbaarmaking

Zie Mediaforum 2004-2, p. 44

EHRM 24 juni 2004, Caroline von Hannover vs. Duitsland, NJ 2005, 22 m.nt. E.J. Dommering

Privacy • Uitingsvrijheid • Entertainmentpers • Portretrecht

Zie Mediaforum 2004-7/8, nr. 27 m.nt. G.A.I. Schuijt en Mediaforum 2005-2, p. 53

EHRM 11 januari 2005, Sciacca vs. Italië, www.echr.coe.int (appl. no. 50774/99)

Artikel 8 EVRM • Verstrekken foto's • Voorzien bij de wet

Klager werd verdacht van een reeks strafbare feiten, waaronder afpersing, oplichting en belastingontduiking. De fiscale politie stelde over haar een persoonlijk dossier op waarin foto's en digitale vingerafdrukken waren opgenomen. Dezelfde dag hielden het OM en agenten van de fiscale politie een persconferentie over de zaak. Twee kranten schreven vervolgens artikelen over klager en haar medeverdachten, waarbij ook een aantal maal een foto van klager werd gepubliceerd. Deze was gemaakt door de fiscale politie en verstrekt aan de pers ter gelegenheid van genoemde persconferentie. Het Hof in Straatsburg beschouwt dat als een inmening in klagers recht op respect voor haar privé-leven ex artikel 8 EVRM. Deze inmening is niet voorzien bij de wet. Het Hof komt tot de conclusie dat het verstrekken van foto's aan de pers niet is geregeld door een wet die voldoet aan de eisen die uit zijn rechtspraak voortvloeien, maar veeleer door de praktijk. Derhalve is artikel 8 EVRM geschonden.

EHRM 25 januari 2005, Karademirci e.a. vs. Turkije, www.echr.coe.int (appl. no. 37096/97 en 37101/97)

Artikel 10 EVRM • Verklaring aan de pers • Voorzienbaarheid

Klager heeft in 1995, in het bijzijn van de andere klagers, een tekst voorgelezen, die was ondertekend door de afdeling Izmir van de Unie van Gezondheidsdeskundigen en de Unie van Onderwijsdeskundigen. In de verklaring werd de behandeling van diverse leerlingen op een middelbare school bekritiseerd. Hierop werden klagers vervolgd wegens het geven van een verklaring aan de pers zonder eerst de tekst van die verklaring te hebben voorgelegd aan het Openbaar Ministerie, zoals voorgeschreven door de artikelen 44 en 82 van de Verenigingswet. Het levert hun uiteindelijk een voorwaardelijke boete op. Volgens het Straatsburgse Hof verbiedt artikel 10 EVRM op zichzelf niet het opleggen van preventieve beperkingen aan een vorm van communicatie. Het nationale recht moet echter wel duidelijk zijn. In het onderhavige geval heeft de nationale rechter artikel 44 Verenigingswet te extensief geïnterpreteerd. Klagers konden redelijkerwijs niet hebben voorzien dat hun actie zou worden beschouwd als een handeling die onder het artikel viel. Schending van artikel 10 EVRM.

EHRM 8 februari 2005, Erdost vs. Turkije, www.echr.coe.int (appl. no. 50747/99)

Artikel 10 EVRM • Separatistische propaganda • Koerdische kwestie

Klager publiceerde in 1996 een boek over een drietal bloedbladen in een Turkse stad. Het boek werd in beslag genomen en klager werd wegens het maken van separatistische propaganda veroordeeld tot een gevangenisstraf en een geldboete. Het Hof in Straatsburg merkt op dat het boek verwijzingen bevat naar 'mensen van diverse etnische achtergronden' en naar het stichten van een 'Koerdische staat' na 'het instorten van de Republiek Turkije'. Deze verwijzingen zijn echter citaten uit artikelen in kranten en tijdschriften en kunnen op zichzelf de inmenging in de vrijheid van meningsuiting van klager niet rechtvaardigen. Van aanzetten tot haat of geweld is geen sprake. De veroordeling is niet noodzakelijk in een democratische samenleving en dus in strijd met artikel 10 EVRM.

EHRM 15 februari 2005, Steel & Morris vs. Verenigd Koninkrijk, www.echr.coe.int (appl. no. 68416/01)

Artikel 10 EVRM • Artikel 6 EVRM • Smaad • Fair trial

Klagers zijn lid van een groep die in 1986 de folder 'What's wrong with McDonald's?' produceerde en verspreidde als onderdeel van een anti-McDonald's campagne. McDonald's begon hierop een procedure wegens smaad tegen klagers, die erin resulteerde dat klagers werden veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding van £ 36.000, respectievelijk £ 40.000. Klagers kregen tijdens het proces geen rechtsbijstand en procedeerden dus in eerste aanleg en in hoger beroep in persoon, waarbij slechts af en toe pro deo

advocaten hulp boden. Volgens het Hof in Straatsburg is de weigering om klagers rechtsbijstand te verlenen in strijd met artikel 6 lid 1 EVRM, nu dit hun de mogelijkheid ontnam hun zaak effectief voor de rechter te bepleiten en bijdroeg aan een onacceptabele 'inequality of arms' met McDonald's, dat professionele advocaten kon betalen. De zaak wordt voorts in het licht van artikel 10 EVRM bekeken. De Britse regering betoogde dat klagers geen journalisten waren en dus geen recht hadden op de hoge mate van bescherming die artikel 10 aan de pers biedt. Dit verweer wordt door het Hof verworpen. In een democratische samenleving moeten ook kleine en informele actiegroepen in staat worden gesteld hun activiteiten effectief uit te voeren. Er is een sterk publiek belang dat zulke groepen en individuen, die buiten de mainstream vallen, in staat zijn aan het publieke debat bij te dragen door informatie en ideeën te verspreiden over zaken van algemeen belang zoals gezondheid en milieu. In een actiefolder is voorts een zekere mate van overdrijving toegestaan. In de onderhavige folder ging het echter om zeer ernstige beschuldigingen die in vorm van feitelijke beweringen waren gegoten. Het is in beginsel niet onverenigbaar met artikel 10 EVRM dat in smaadzaken de last om te bewijzen dat de beweringen waar zijn bij de gedaagde wordt gelegd. Evenmin brengt het feit dat de eiser een grote multinational was mee dat een dergelijk bedrijf het recht verliest om zich tegen smadelijke beweringen te verweren of dat klagers ontheven zouden zijn van hun plicht de beweringen te bewijzen. Teneinde de vrijheid van meningsuiting te waarborgen is het echter wel essentieel dat er sprake is van 'procedural fairness' en 'equality of arms'. En daar is in casu, zoals het Hof in het licht van artikel 6 EVRM reeds had geconstateerd, geen sprake van. De toegekende schadevergoedingen worden bovendien disproportioneel bevonden. Schending van artikel 10 EVRM.

EHRM 22 februari 2005, Pakdemirli vs. Turkije, www.echr.coe.int (appl. no. 35839/97)

Artikel 10 EVRM • Smaad • Speech

Klager was lid van het Turkse Parlement en vice-president van de Moederlandpartij, de voornaamste oppositiepartij. Tijdens een speech in 1995 noemde hij de Turkse president Demirel onder meer een 'leugenaar', 'de Dikke van Çankaya' en een 'lasteraar'. Na een klacht van Demirel veroordeelt de civiele rechter hem tot betaling van een schadevergoeding van rond de € 55.000,-. Het Hof in Straatsburg oordeelt dat een deel van door klager gebruikte termen meer weg had van een salvo van beledigingen en verwensingen dan van politieke kritiek. Klagers opmerkingen kunnen bezwaarlijk aangemerkt worden als een opinie in een politiek debat, ook al bevonden de betrokkenen en de context van speech zich wel in de politieke sfeer. Toch constateert het Hof een schending van artikel 10 EVRM. De Turkse wet is door de nationale rechters namelijk op een wel erg

ongebruikelijke wijze geïnterpreteerd, op een manier om de schadevergoeding zo hoog mogelijk vast te stellen. Bij het vaststellen van de sanctie is bovendien niet de schade die Demirel daadwerkelijk heeft geleden als uitgangspunt genomen, maar het overdadig beschermen van de status van de President van de Republiek, iets wat in beginsel strijdt met de geest van het EVRM. Het lijkt er volgens het Hof sterk op dat de Turkse rechters geen schadevergoedingsverplichting, maar een soort 'civiele boete' hebben opgelegd. Dat had waarschijnlijk te maken met het feit dat klager strafrechtelijke immuniteit genoot en dus niet vervolgd kon worden, maar een civiele rechter heeft niet tot taak om als strafrechter op te treden. De toegekende schadevergoeding is disproportioneel en dus niet noodzakelijk in een democratische samenleving.

HvJ EG 9 november 2004, The British Horseracing Board e.a. vs. William Hill, AMI 2005-1, nr. 1 m.nt. D.J.G. Visser & P.B. Hugenholtz

Databankenrecht

Zie Mediaforum 2005-2, nr. 5 m.nt. T.F.W. Overdijk

HvJ EG 25 november 2004, KPN Telecom vs. OPTA en Denda, nr. 7 m.nt. M.J. Geus J

Relevante informatie · Universele Gids-diensten

Zie de vooraankondiging in Mediaforum 2005-1, p. 10

HvJ EG 22 februari 2005, Europese Commissie vs. T-Mobile (voorheen Max.mobil), www.curia.eu.int (zaak C-141/02 P)

Telecommunicatie · GSM · Ontvankelijkheid

Max.mobil (nu T-Mobile) is in 1996 als tweede GSM-exploitant op de Oostenrijkse markt gekomen. Nadat zij en Mobilkom een vergoeding van vier miljard Oostenrijkse shilling voor de concessie hadden betaald, diende Max.mobil een klacht in bij de Europese Commissie wegens strijd met de artikelen 82 jo 86, lid 1 van het EG-Verdrag. Max.mobil was van oordeel dat zij ten onrechte eenzelfde concessievergoeding diende te betalen als de zittende GSM-exploitant Mobilkom. Op 11 december 1998 schreef de Commissie in een brief aan Max.mobil dat zij op dit punt geen actie zou ondernemen. Tegen deze brief heeft Max.mobil beroep ingesteld bij het Gerecht van Eerste Aanleg. Het Gerecht verklaarde het beroep ontvankelijk doch ongegrond (zie *Mediaforum* 2002-5, p. 169). Het Gerecht oordeelde dat de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout had gemaakt. In hoger beroep stelde de Commissie dat het Gerecht Max.mobil ten onrechte ontvankelijk had verklaard. Het Hof van Justitie stelt de Commissie in het gelijk. De brief van de Commissie kan niet worden geacht bindende rechtsgevolgen te sorteren, zodat deze brief geen handeling oplevert waartegen een beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld.

HR 3 december 2004, KPN Telecom vs. de Staat, nr. 8 m.nt. J.C. van der Steur J

Verleggen van kabels · Kosten · Derden · Artikel 37 Wtv

Zie de vooraankondiging in Mediaforum 2005-1, p. 10

HR 18 februari 2005, Ladbroke's vs. De Lotto, LJN AR4841

Gokken op internet · Vrij verkeer van diensten

De Lotto heeft, als enige in Nederland, vergunningen voor het organiseren van lotto's, sportprijsvragen en instantloterijen. Ladbroke's houdt zich bezig met het aanbieden van sportieve weddenschappen en biedt via haar website de mogelijkheid om deel te nemen aan diverse kansspelen, die hoofdzakelijk sportgerelateerd zijn. Hiervoor heeft zij geen vergunning op grond van de Wet op de kansspelen. Het Hof te Arnhem heeft Ladbroke's gelast om deelname aan de door haar door middel van internet, telefoon of anderszins aangeboden lotto's, instantloterijen en sportwedstrijden, die zonder vergunning in Nederland worden aangeboden, voor ingezetenen van Nederland in Nederland onmogelijk te maken (zie *Mediaforum* 2003-10, p. 326). In cassatie is aan de orde of het via internet toegankelijk maken van kansspelen onder het verbod van artikel 1 aanhef en onder a Wok valt, of het bedoelde verbod een door artikel 49 EG verboden beperking van het vrije dienstenverkeer oplevert en ten slotte of het hof terecht heeft geoordeeld dat sprake is van een onrechtmatige daad van Ladbroke's jegens de Lotto. De eerste en de derde vraag worden bevestigend beantwoord, de tweede ontkennend. De Hoge Raad verwierpt het beroep.

Hof Amsterdam 23 december 2004, Endemol & SBS vs. Politieregio Amsterdam-Amstelland & Plasmeyer ☒

Onrechtmatige uitzending · Portretrecht · Uitzendverbod

In 1995 is een bedrijfspand aan de Motorkade in Amsterdam door brand verwoest. De politie verdacht enige tijd een dakdekker, die naast het afgebrande pand zijn bedrijf exploiteerde, ervan de brand te hebben aangestoken. Plasmeyer nam destijds deel aan het politieonderzoek. In juni 2004 besteedde misdaadverslaggever Peter R. de Vries in zijn programma aandacht aan de zaak. Daar in werd kort gezegd gesteld dat de politie had gelogen, getuigen had misleid en onder valse voorwendselen een gerechtelijk vooronderzoek was begonnen tegen de dakdekker. Het hof neemt tot uitgangspunt dat dergelijke uitlatingen die de integriteit van de politie en haar ambtenaren ernstig in twijfel trekken, slechts mogen worden geuit indien zij in voldoende mate steun vinden in het destijds beschikbare feitenmateriaal. Dat is volgens het hof niet het geval, ook al zijn bij het optreden van politie zeker kanttekeningen te plaatsen. De uitlatingen zijn dan ook onrechtmatig. Het hof meent voorts dat een redelijk belang van Plasmeyer zich verzet tegen openbaarmaking van zijn portret. Een eerder vonnis van de voorzieningenrechter, onder meer inhoudende een uitzendverbod (zie *Mediaforum* 2004-11/12, p. 355), wordt bekrachtigd.

Hof Amsterdam 10 februari 2005, NOS & NPS vs. NVCR e.a., LJN AS5931

Neventaak publieke omroep · Artikel 57a en 13c Mediawet

Het hof vernietigt het eindvonnis van de voorzieningenrechter te Amsterdam van 14 oktober 2004 (zie *Mediaforum* 2005-1, nr. 2)

waarin deze had geoordeeld dat voortzetting van Colorful Radio door de NOS 'strijdig is met de Mediawet en dientengevolge onrechtmatig ten aanzien van Vereniging van Commerciële radio (VCR) c.s.' Het hof deelt niet het uitgangspunt van de voorzieningenrechter dat de omstandigheid dat een programma voor 100% uit muziek bestaat meebrengt dat deze zender is te kwalificeren als een muziekgender en daarmee niet als een minderhedenzender in de zin van artikel 13c, derde lid van de Mediawet. Een muziekgender kan zich zeer wel tot bepaalde groeperingen richten en dat kan ook een zinnig doel dienen, bijvoorbeeld indien zo'n groepering anders niet eenvoudig is te bereiken. Het hof oordeelt dat het van de kabel halen van een radiozender een zeer ingrijpende maatregel is, die bovendien gemakkelijk onomkeerbare gevolgen heeft. Daartegenover staat het belang van VCR c.s. dat echter – in het licht van het huidige relatief geringe bereik van Colorful Radio – beperkt is. Voorts neemt het hof in aanmerking dat NOS c.s. nauwelijks tijd hebben gehad om hun doelstellingen met betrekking tot Colorful Radio te verwezenlijken. Hoewel de kernvraag of Colorful Radio kan worden aangemerkt als een minderhedenzender in dit geding onbeantwoord blijft, terwijl stelling en bewijsplicht op dat punt op NOS c.s. rust, brengt een afweging van deze wederzijdse belangen naar het oordeel van het hof mee dat de vordering van VCR c.s. behoort te worden afgewezen.

Hof Arnhem 2 november 2004, Agrio Uitgeverij BV vs. Agri Trader BV, NJF 2005, 30

Auteursrechtelijke bescherming tijdschrift · Slaafse nabootsing

Agrio brengt een nieuw tijdschrift, 'Agra Power', voor de agrarische sector op de markt. Gedaagde, uitgever van het blad 'Agri Trader' vindt dat Agrio daarmee inbreuk maakt op haar auteursrecht en onrechtmatig handelt. Het hof verwierpt Agri Traders beroep op auteursrechtelijke bescherming op de omslag en op het concept van advertenties van het tijdschrift. Beide hebben een te beperkt oorspronkelijk karakter om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen. Dat het door Agri Trader toegepaste concept uniek was op de agrarische markt, doet daar niet aan af. Verder stelt Agri Trader dat Agrio onrechtmatig jegens haar handelt. Ten eerste omdat Agrio bij het werven van adverteerders onoorbare middelen zou hebben gebruikt. De rechter stelt dat Agri Trader dit onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt. Ten tweede omdat Agrio zich schuldig zou maken aan slaafse nabootsing. De rechter overweegt dat, daargelaten of Agrio met Agra Power een andere weg had kunnen kiezen, Agri Trader zich onvoldoende van de rest van de markt onderscheidt. De formule van het blad, de omslag en de advertenties worden alle in meer of minder vergelijkbare vorm, door andere tijdschriften gebruikt. Daarbij gaat het niet alleen om de markt van tijdschriften in de agrarische sector, maar om de markt van advertentietijdschriften in het algemeen. Gelet op de gespecialiseerde doelgroep van de bladen, dient als toetssteen de gemiddeld geïnformeerde omzichtige en oplettende consument te worden gehanteerd en niet, zoals Agri Trader stelt, het gemiddelde niet nauwlettende publiek. De rechter verwierpt zowel het beroep van Agri Trader op het auteursrecht,

als de stelling dat Agrio jegens haar onrechtmatig handelt.

Hof Arnhem 9 november 2004, Tele2 vs. KPN Telecom, LJN AR8281 en NJF 2005, 68

Misleidende reclame · Beltarieven · Artikel 10 EVRM

In het onderhavige geschil gaat het om vergelijkende reclame van Tele2 in een aantal dagbladen. In de advertentie wijst Tele2 erop dat de beller met Tele2 Preselect goedkoper belt dan met KPN BelBasis. De voorzieningenrechter oordeelde op 14 juli 2004 dat de vergelijking in deze advertentie een verkeerd beeld gaf, omdat onder andere de Voordeelnommertarieven van KPN buiten beschouwing waren gelaten (zie *Mediaforum* 2004-9, p. 284). Het hof bevestigt het vonnis van de voorzieningenrechter. Anders dan Tele2 heeft gesteld kan een verbod worden uitgesproken en een rectificatie worden gelast zonder schending van de door artikel 10 EVRM gewaarborgde vrijheid van meningsuiting. Die vrijheid mag immers niet op zodanige wijze worden uitgeoefend dat onrechtmatig wordt gehandeld jegens derden. De omstandigheid dat het hier gaat om een in een vergelijkende superlatiefreclame vervatte superioriteitsclaim, brengt met zich mee dat door de rechter extra kritisch zal moeten worden getoetst of aan alle genoemde voorwaarden van vergelijkende reclame als bedoeld in artikel 6:194a BW is voldaan. Als minimumvoorwaarde geldt dat voor de consument voldoende duidelijk dient te zijn welke vergelijking in een concreet geval wordt gemaakt, onder meer omdat de consument alleen dan in staat is de inhoud van de advertentie te controleren, hetgeen voor hem noodzakelijk is om zijn keuze te kunnen maken. In het onderhavige geval is onvoldoende duidelijk op welke vergelijking de gewraakte advertentie ziet.

Hof Leeuwarden 26 januari 2005, X e.a. vs. Y e.a., LJN AS4032

Beschuldiging van seksueel misbruik · Smaad · Smartengeld

Een aantal van de geïntimeerden (verder: de ouders) heeft in 1997 aangifte gedaan van seksueel misbruik van hun kinderen op en rond basisschool De Dreef in Emmer-Erfscheidenveen, waarop de kinderen op dat moment zaten. Appellanten zijn werkzaam op deze school. De aangiftes hebben niet tot vervolging geleid, maar er is wel zeer veel publiciteit geweest rondom deze zaak. Tussen partijen is in geschil of de ouders jegens appellanten onrechtmatig hebben gehandeld door hen ten onrechte en bij herhaling te beschuldigen van seksueel misbruik van de kinderen. Bij de beoordeling in deze procedure gaat het hof er vanuit dat de beschuldigingen van elke grond ontbloeit waren. Het acht uitlatingen van de ouders in de Drentse Courant en in de Groene Amsterdammer onrechtmatig. Ook de uitlatingen van een aantal ouders in het televisieprogramma Barend & Witteman en uitlatingen van hun advocaat mr. W. Anker (welke geacht worden te zijn gedaan namens deze ouders) worden door het hof als onrechtmatig aangemerkt. De laatste geïntimeerde, die de ouders heeft bijgestaan, heeft eveneens onrechtmatig gehandeld door uitlatingen per fax aan een krantenuitgever te verzenden. Volgt veroordeling tot betaling van smartengeld.

Rb. Almelo 14 februari 2005 (politierechter), LJN AS6003

Belediging · Ambtenaar · Artikel 267 Sr

Verdachte, die zonder treinkaartje per trein reisde, heeft de controleur die hem op het perron naar zijn vervoersbewijs vroeg, in het gezicht gespuugd. Volgens de politierechter moest verdachte begrijpen dat het in het gezicht spugen van de controleur objectief slechts als belediging kon worden opgevat, zodat zijn opzet ook op die belediging was gericht. Hier is in de optiek van de politierechter 'evident sprake van iets anders dan "vochtig praten" door een zelfbeheerst, rustig sprekend persoon van goede wil die per ongeluk een anders gelaat besprenkelt, tot ongenoegen van de één en tot gêne van de ander'. De vraag die vervolgens beantwoord moet worden is of de controleur als een ambtenaar in de zin van artikel 267 van het Wetboek van Strafrecht moet worden aangemerkt. De politierechter komt tot de conclusie dat de bewuste controleur van vervoersbewijzen op het perron van een treinstation, bij wie hij ook maar in dienst is, gelet op zijn door de wetgever aan hem opgedragen, per definitie in het openbaar uit te oefenen taak en bevoegdheden en gelet op het met zijn werk gemoeide algemeen belang, inderdaad moet worden aangemerkt als ambtenaar in de zin van artikel 267 Sr.

Rb. Amsterdam 5 januari 2005, Hummel en Museum Vastgoed Groep vs. De Telegraaf c.s.

Rectificatie · Gelekt proces-verbaal in de pers

De Telegraaf heeft twee artikelen gepubliceerd waarin Hummel en zijn bedrijf Mint-house Real Estate BV herkenbaar in verband zijn gebracht met vastgoedcriminaliteit. Hummel stelt dat de beweringen feitelijk onjuist zijn en zijn eer en goede naam ten onrechte aangetast zijn. Ook stelt hij dat de publicaties zijn gebaseerd op een onrechtmatig verkregen proces-verbaal. Ten slotte is er geen althans onvoldoende wederhoor toegepast. De rechtbank weegt het belang dat individuele burgers niet door publicaties worden blootgesteld aan lichtvaardige verdachtmakingen af tegen het belang dat misstanden die de samenleving raken niet verborgen blijven. De rechtbank overweegt dat het proces-verbaal een actueel onderwerp betrof met grote maatschappelijke relevantie. Bovendien waren de publicaties erop gericht een bijdrage te leveren aan het debat over criminaliteit in de vastgoedwereld en niet op het beschadigen van Hummels reputatie. Daarom mocht *De Telegraaf* het proces-verbaal, dat mogelijk met schending van ambts- of beroepsgeheim aan hen was verstrekt, gebruiken en de inhoud ervan openbaar maken. De in het artikel beschreven misstanden vinden voldoende steun in het beschikbare feitenmateriaal, te weten het proces-verbaal. Daarbij overweegt de rechtbank dat de kop in verband met de tekst van het artikel moet worden beschouwd. Ook heeft *De Telegraaf* voldoende wederhoor toegepast door een fax naar de media-adviseur van Hummel te versturen. Die moest binnen enkele uren antwoord zijn, maar de adviseur verzond de reactie naar een verkeerd faxnummer. In een later artikel is de reactie alsnog geplaatst. Hiermee is voldaan aan de eis van wederhoor.

Zie ook Mediaforum 2002-11/12, nr. 44 m.nt. G.J. Kemper

Rb. Amsterdam 27 januari 2005, strafzaak tegen de 'Rechtbankactivist', LJN AS4126

Belediging · Bedreiging · Artikel 137c Sr · Artikel 266 Sr

Verdachte (ook wel bekend als de 'Rechtbankactivist') is, nadat hij in een civiele procedure in het ongelijk was gesteld, buiten het gerechtsgebouw op de Parnassusweg in Amsterdam actie gaan voeren waarbij hij passanten aansprak. Daarbij heeft hij zich herhaaldelijk beledigend uitgelaten over joden; hij heeft ook mensen bedreigd en beledigd. In één geval kwam het tot een handgemeen, waarbij hij kleding, een ketting en een bril beschadigde. Ook op andere plaatsen in de stad heeft hij zich beledigend uitgelaten over joden en omstanders bedreigd. De rechtbank rekent het de verdachte aan dat hij op grove en angstaanjagende wijze heeft geprovoceerd. Verdachte wordt veroordeeld tot tien maanden cel wegens het beledigen van een groep mensen wegens hun ras of godsdienst, bedreiging, eenvoudige belediging, lokaalvredebreuk en vernieling.

Rb. Amsterdam 2 februari 2005, Staat vs. Kijkshop, LJN AS4748, nr. 9 m.nt. D.J.G. Visser

Portret · Vrijheid van meningsuiting · Eerbiediging persoonlijke levenssfeer

Kijkshop heeft de afbeelding van de minister-president gebruikt in een commerciële reclame-uiting. Daarbij heeft zij de minister-president afgebeeld als peuter en zijn voornaam veranderd in 'J-Peetje', hetgeen beide denigrerend is. De afbeelding van het gezicht van de minister-president vertoont karakteristieke kenmerken van de minister-president (haardracht, bril, gelaatsuitdrukking), zodat sprake is van een portret in de zin van de Auteurswet. Onbetwist is gebleven dat het portret niet in opdracht van of namens minister-president is vervaardigd, zodat de afbeelding een portret oplevert in de zin van artikel 21 Aw. Nu de vordering door de Staat namens de minister-president is ingesteld, is daarbij een horizontale werking van grondrechten aan de orde. Hetgeen Kijkshop heeft aangevoerd, rechtvaardigt naar het oordeel van de rechtbank niet de conclusie dat haar recht op vrijheid van meningsuiting in dit geval zwaarder weegt dan het recht van de minister-president op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer. Het commerciële belang van Kijkshop om voor de door haar aangeboden waren reclame te maken, hoezeer het ook mede valt onder de bescherming van artikel 10 EVRM, weegt niet zwaar genoeg om een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de minister-president te kunnen rechtvaardigen. De openbaarmaking van de afbeelding door Kijkshop wordt dan ook onrechtmatig jegens de minister-president geacht. Dit levert een beperking op van de vrijheid van meningsuiting in de zin van artikel 10 lid 2 EVRM die in dit geval in een democratische samenleving noodzakelijk wordt geacht ter bescherming van de gerechtvaardigde belangen van minister-president.

Rb. Den Haag 27 januari 2005, strafzaak tegen bedreigers Hirsi Ali, LJN AS4029 en AS 4030.

Rap over Hirsi Ali · Ernstige bedreiging en belediging · Artikel 10 EVRM

De twee verdachten in deze zaken hebben samen een beledigende en bedreigende rap over kamerlid Hirsi Ali geschreven als protest tegen uitlatingen van de politica. Zij hebben de rap met een computer opgenomen en op twee cd's gebrand. Verdachten stellen de rap niet zelf via het internet verspreid te hebben. Zij gaan ervan uit dat vrienden, die vrij toegang tot hun collectie hadden, dat hebben gedaan. De politierechter meent dat verdachten door aldus met het nummer om te gaan bewust de aanmerkelijke kans hebben aanvaard dat dit nummer in de openbaarheid zou komen en vervolgens ook bij Hirsi Ali bekend zou raken. Bovendien hebben zij zich niet van het nummer gedistantieerd toen de rap in de openbaarheid kwam. Een beroep op de artistieke expressie die valt onder de vrijheid van meningsuiting (artikel 10 EVRM) faalt. De rechter overweegt dat, nog afgezien van het feit dat verdachten de rap zelf als 'bagger' hebben omschreven, het nummer alleen uit ernstige bedreigingen en beledigingen bestaat. Voorzover gesproken zou kunnen worden van artistieke expressie, is de grens daarvan, ter bescherming van derden, naar het oordeel van de rechter ver overschreden. Verdachten worden schuldig bevonden aan het medeplegen van bedreiging en belediging en tot een taakstraf veroordeeld.

Rb. Rotterdam 27 oktober 2004, AMEV Stad Rotterdam Verzekeringsgroep (ASR) vs. Ideenet, *DomJur* 2005, 213

Domeinnamen · Merkenrecht · Overdracht

Kernpunt van geschil is de vraag of het registreren en het gebruik door Ideenet van de domeinnamen: stadrotterdam.nl en stadrotterdam.com, stadrotterdam.info, stadrotterdam.be, stadrotterdam.biz, stadrotterdam.de, stadrotterdam.org en stadrotterdam.nu in strijd is met de aan ASR als merkhoudster toekomende rechten. De rechtbank komt tot de conclusie dat Ideenet met de registratie en het gebruik van de domeinnamen inbreuk maakt op de aan ASR toekomende merkrechten. Nu Ideenet niet bereid is gebleken de door haar geregistreerde domeinnamen vrijwillig over te dragen, anders dan tegen betaling van f 375.000,-, welk aanbod overigens reeds is vervallen, wordt zij veroordeeld de domeinnamen op de daartoe geëigende wijze aan eiseres over te dragen.

Rb. Rotterdam 23 december 2004, Tele2 e.a. vs. OPTA, nr. 10 m.nt. C.E. Schillemans J

Telecommunicatie · Interconnectietarieven · EDC

Zie de vooraankondiging in *Mediaforum* 2005-2, p. 55-56

Vzr. Rb. Alkmaar 10 februari 2005, Fit op Maat vs. Health Software, LJN AS5697

Internetpublicatie · Vrijheid van meningsuiting

Eiser heeft in brochures vermeld dat zijn bedrijf Fit op Maat bekroond is met een

Innovatie Award. Vast staat echter dat Fit op Maat weliswaar genomineerd is voor die prijs, maar deze niet heeft gewonnen. Daarmee is komen vast te staan dat eiser onjuiste informatie verschaft en een situatie heeft gecreëerd waarin het niet onwaarschijnlijk is dat anderen hem en derden op niet mis te verstane wijze op de onjuistheid van zijn mededelingen wijzen. De uitingen van Health Software moeten in dit perspectief beoordeeld worden. Van belang is dat in de door Health Software op internet geplaatste tekst de naam van eiser of zijn bedrijf niet letterlijk worden genoemd. De enige connectie tussen eiser en de tekst is gelegen in het feit dat het laatste gedeelte van de tekst verwijst naar de Innovatie Award 2003. Het verband tussen de tekst en eiser kan derhalve uitsluitend op indirecte wijze worden gelegd. Dat dit verband wordt gelegd is het gevolg van de door eiser gemaakte keuze om zich te profileren via de Innovatie Award 2003. Voorts betreft het een internetpublicatie, die niet specifiek gericht is op de potentiële klanten van eiser. Ook hierdoor is nauwelijks sprake van vergelijking van het product van Health Software met dat van eiser, zodat de enigszins denigrerend gebruikte kwalificatie 'hobbysoftware' niet de zwaarte krijgt van een onnodig grievende uitlating over een concurrerend product. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is voorshands niet voldoende aannemelijk geworden dat Health Software de grenzen van de vrijheid van meningsuiting heeft overschreden. Derhalve is niet gebleken van enig onrechtmatig handelen van Health Software jegens eiser.

Vzr. Rb. Alkmaar 17 februari 2005, DSB Groep e.a. vs. X, Debet Card & Xeeper

Perspublicaties · Smaad · Rectificatie

Eisers exploiteren een financieringsmaatschappij die een samenwerkingsverband had met gedaagden. Na problemen is dit verband medio 2004 tot een definitief einde gekomen. Tussen partijen bestaat nog wel verschil van mening over de beëindiging en de financiële afwikkeling daarvan. Een en ander heeft geleid tot berichtgeving in de pers, waarbij onder meer uitlatingen werden opgenomen gedaan door of namens gedaagden. Eisers vorderen onder andere een bevel aan gedaagden zich te onthouden van beschuldigingen die de goede naam en reputatie van eisers kunnen aantasten. Deze vordering wordt afgewezen omdat zij te vaag is. Diverse uitlatingen van gedaagden worden door de voorzieningenrechter als niet onrechtmatig aangemerkt. Wel smadelijk en dus onrechtmatig zijn de uitspraken van X in het blad *Quote* dat de Raad van Bestuur van DSB een 'corrupte boevenbende' is en dat DSB zich schuldig zou maken aan intimidatie en poging tot inbraak. Gedaagden dienen er voor te zorgen dat, zonodig door het op eigen kosten betrekken van advertentieruimte van ten minste 1/4 pagina, in het blad *Quote* een goed leesbare rectificatie verschijnt.

Vzr. Rb. Amsterdam 11 november 2004, Caroline Tensen e.a. vs. Story, NJF 2005, 36

Rectificatie · Privacy

Zie *Mediaforum* 2005-1, nr. 3 m.nt. G.J. Kemper

Vzr. Rb. Amsterdam 11 november 2004, ANP vs. Novum, NJF 2005, 45

Databank · Nieuwsberichten · Artikel 1 Databankenwet

Zie *Mediaforum* 2005-1, p. 11

Vzr. Rb. Amsterdam 29 november 2004, Mohammed B. vs. De Staat e.a., NJF 2005, 54

Vrijheid van meningsuiting · Privacy · Artikel 8 EVRM

Zie *Mediaforum* 2005-2, p. 57

Vzr. Rb. Amsterdam 27 januari 2005, X vs. Het Parool, LJN AS4629

Publicatie foto · Persoonlijke levenssfeer · Artikel 21 Auteurswet

In *Het Parool* van 24 november 2004 is een artikel verschenen met de kop: 'Homo's met hiv nemen vaak risico. Geen condooms in de hitte van het moment'. Het artikel ging over seropositieve homo's en hun onveilige gedrag. Bij het artikel was een foto geplaatst van X met ontbloot bovenlijf, in omhelzing met een andere man die niet herkenbaar was. X beroept zich op zijn portretrecht (artikel 21 Auteurswet). De voorzieningenrechter overweegt dat de foto is gemaakt zonder medeweten of toestemming van X en ook zonder diens toestemming is gepubliceerd. In dit geval is sprake van een foto die sterk geassocieerd kan worden met risicovol seksueel gedrag, waarop het artikel immers betrekking heeft. Door het plaatsen van het portret bij dit artikel wordt op zijn minst de suggestie gewekt dat X tot de in het artikel beschreven groep behoort. X stelt zich terecht op het standpunt dat publicatie van zijn foto bij dit artikel inbreuk maakt op zijn persoonlijke levenssfeer. In dit geval weegt het belang van X bij bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer zwaarder dan de belangen van *Het Parool* bij persvrijheid en vrijheid van meningsuiting. X heeft dan ook een redelijk belang als bedoeld in artikel 21 Auteurswet om zich tegen openbaarmaking van de betreffende foto te verzetten.

Vzr. Rb. Arnhem 25 februari 2005, C & X vs. Y, LJN AS8145

Advertentie · Verdachtmaking · Rectificatie

Y is een recherchebureau dat in diverse kranten een advertentie heeft geplaatst waarin een beloning van € 10.000,- wordt uitgelooft voor degene die kan vertellen waar de advocaat X, werkzaam bij kantoor C, is geweest op 4 oktober 2001 tussen 9.00 uur en 12.00 uur. De voorzieningenrechter oordeelt dat van de gewraakte publicatie de suggestie uitgaat dat X in de uitoefening van het beroep van advocaat een belangrijke fout heeft gemaakt, als gevolg waarvan de opdrachtgever van Y in een aanzienlijk belang is getroffen. De publicatie is bepaald niet slechts zakelijk, neutraal en kleurloos. Integendeel, de gekozen bewoordingen en de impliciete suggestie die daarvan uitgaat zijn minst genomen als verdacht makend tegenover de advocaat en haar kantoor aan te merken en zijn geschikt voor reputatieaantasting. Aangezien Y geen enkel inzicht heeft willen geven in de beweegredenen voor het plaatsen van de gewraakte publicatie, is in geen enkel opzicht inzichtelijk geworden of hij, dan wel zijn opdrachtgever,

een goede reden hadden om de bewuste oproep te publiceren en evenmin of die reden steun vindt in enig feitenmateriaal. Y heeft tegenover X en C onrechtmatig gehandeld en dient onder meer te rectificeren.

Vzr. Rb. Den Bosch, Gemeente Geldrop-Mierlo vs. Ecologisch Kenniscentrum BV & Van Rooij, *LJN AS4019*

Publicatie op website · Steun in het feitenmateriaal · Rectificatie

Van Rooij heeft in een beroepschrift aan de Afdeling bestuursrechtspraak de gemeente beschuldigd van diverse misstanden. Dit beroepschrift is tevens op een internetsite geplaatst. Met betrekking tot de door Van Rooij gedane uitlating dat de gemeente valsheid in geschrifte pleegt, overweegt de voorzieningenrechter dat deze uitspraak te sterk is aangezet. Om een gedraging aan te kunnen merken als 'valsheid in geschrifte' moet in elk geval sprake zijn van opzet met betrekking tot de valsheid van het geschrift. De voorzieningenrechter is van oordeel dat deze opzet niet aannemelijk is geworden. Ook de beschuldiging dat de gemeente de houder van een varkensbedrijf helpt met het plegen van strafbare feiten en economische delicten is te sterk aangezet. De handelwijze van de gemeente steunt weliswaar de opvatting dat de gemeente in strijd handelt met het recht, maar rechtvaardigt nog niet de conclusie dat zij de varkenshouder opzettelijk strafbare feiten laat plegen. De stelling van Van Rooij dat de gemeente misbruik maakt van gemeenschapsgeld is niet onrechtmatig. Het gaat hier immers om een mening van Van Rooij, waarvan niet gezegd kan worden dat die zodanig door het feitenmateriaal wordt gelogenstraft, dat Van Rooij redelijkerwijs niet tot die mening zou kunnen komen en hij niet de vrijheid zou hebben die te mogen uiten. Tenslotte is de beschuldiging dat de gemeente samen met de varkenshouder een samenspannende criminele organisatie vormt weer te sterk aangezet. De vordering van de gemeente om Van Rooij een rectificatie op te leggen wordt afgewezen omdat door een rectificatie de indruk zou worden gewekt dat de gemeente geen enkel verwijt zou mogen worden gemaakt, terwijl het tegendeel het geval is.

Vzr. Rb. Den Haag 8 februari 2005, Vitra vs. Dimensione e.a., *LJN AS5629*

E-commerce · Toegang tot Websites

Vitra is de rechthebbende op het internationale woordmerk EAMES en op twee vormen, die het uiterlijk uitmaken van twee stoelen, de Lounge Chair en de Aluminium Chair, ontworpen door de ontwerpers Eames. Vitra stelt dat gedaagden zonder haar toestemming op een vanuit de Benelux en Duitsland toegankelijke website meubelmodellen aanbieden die identiek, of nageoeg gelijk, zijn aan de Aluminium Chair en de Lounge Chair. Vitra vordert dat de rechter gedaagden beveelt ieder onrechtmatig handelen tegenover haar te staken, waaronder in ieder geval iedere inbreuk op de auteursrechten en de merkenrechten van Vitra. Ook vordert Vitra dat de toegang tot de websites waarop de meubels worden aangeboden zodanig gewijzigd wordt dat deze ontoegankelijk wordt voor bezoekers uit de Benelux en Duitsland, of deze website zodanig te wijzigen dat deze niet meer toegankelijk is voor

IP-adressen die in deze landen zijn gelokaliseerd. De rechter verklaart zich alleen bevoegd voorzover de vorderingen zien op het grondgebied van de Benelux (wat betreft de gestelde merkinbreuk), respectievelijk Nederland (voor het overige gevorderde). De rechter overweegt dat van het aanbieden van artikelen in de Benelux op een website sprake is als het gaat om een website die door woord en inhoud onmiskenbaar mede op het publiek van de Benelux is gericht. De toegankelijkheid alleen is onvoldoende om tot onmiskenbare gerichtheid op het publiek in de Benelux te concluderen. Daarvoor moeten er verdere aanwijzingen zijn, zoals de taal van de website en de aard van de domeinnaam (.com of .nl, .be of .lux). De vordering van Vitra wordt afgewezen.

Vzr. Rb. Utrecht 28 december 2004, De Loor vs. KNSB, *NJF 2005*, 67

Merkenteams KNSB · Sponsorlogo · Gelijkheidsbeginsel

Zie Mediaforum 2005-2, p. 57

Vzr. Rb. Utrecht 25 januari 2005, Plato Publishers vs. RTV Utrecht, Omroep West & Samenwerkende Omroepen Midden-Nederland, *LJN AS3745*

Reclamespotje · Contracts vrijheid · Vrijheid van meningsuiting · Handelsreclame

Walter Kamp is auteur van het boek *Judas*, volgens hem een erotische thriller. Ter promotie van het boek heeft hij een reclamespotje laten maken, waarin onder meer de vraag gesteld wordt of Jezus homoseksueel was. RTV Utrecht en Omroep West hebben geweigerd de commercial uit te zenden. De voorzieningenrechter oordeelt dat het beide zenders in beginsel vrij staat aangeboden reclame-uitingen of programma's te weigeren. Het is niet aannemelijk dat de beide zenders in de door hen bediende regio's een monopoliepositie innemen als aanbieders van reclamezendtijd. Eiser heeft in dat kader onvoldoende betwist dat voor hem de mogelijkheid bestaat zijn spotje aan te bieden bij andere, lokale zenders die in genoemde regio's actief zijn. Er is derhalve is geen sprake van enige beperking van de vrije meningsuiting van eiser. Daarnaast heeft eiser onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zijn wens om het spotje te laten uitzenden wordt beschermd door artikel 7 van de Grondwet omdat het zuiver ideële reclame zou betreffen. Doel van het spotje is immers commercieel, namelijk het promoten van de verkoop van het boek en derhalve het belang van de adverteerder die het boek op de markt brengt. Het door eiser gehuldigde standpunt dat beide zenders zich dienen te gedragen zoals het de overheid in privaatrechtelijke overeenkomsten betaamt, kan niet worden gevolgd. Niet valt in te zien dat de beide zenders een publieke taak vervullen en op die grond geen programmabeleid zouden mogen voeren. Genoemde zenders behoeven dan ook niet als platform te fungeren voor een ieder die zijn mening wenst te uiten.

Vzr. Rb. Zwolle 2 februari 2005, Openbaar Onderwijs Zwolle en Regio vs. X, *LJN AS4742*

Vrijheid van meningsuiting · Verbod

De dochter van gedaagde heeft tijdens een gymles op haar school een ongeval gehad.

Eiseres heeft aansprakelijkheid voor het ongeval ontkend. Hierop heeft gedaagde e-mails gestuurd naar medewerkers van de school en een website geopend. Zij heeft voorts de gymlerares thuis gebeld. *De Telegraaf* heeft over het ongeval een artikel gepubliceerd. In dit geding gaat het om de vraag of beperkingen gesteld moeten worden aan de uitlatingen van gedaagde, die worden beschermd door artikel 7 Grondwet en artikel 10 EVRM. De voorzieningenrechter oordeelt dat in de e-mailwisseling kwalificaties en insinuaties van vergaande aard voorkomen zoals beschuldigingen omtrent corruptie en misbruik van machtsposities. Een en ander dient buiten de grenzen van het redelijke te worden geacht. Daaraan doet niet af dat deze e-mails niet openbaar zijn. Het kan aan gedaagde echter niet worden tegengeworpen dat zij een website heeft gemaakt en in stand houdt, waarop zij aandacht vraagt voor de gerezen problemen en voor de in haar ogen bestaande onredelijkheid dat geen aansprakelijkheid wordt erkend. De website is niet van dien aard dat de grenzen van het redelijke zijn overschreden. De manier waarop gedaagde de gymlerares heeft benaderd en de kwalificaties die daarbij zijn gebruikt, zijn ontoelaatbaar en worden door de voorzieningenrechter verboden. De wijze waarop de publicatie in *De Telegraaf* is verzorgd kan daarentegen niet alsodeloos grievend of onrechtmatig worden beschouwd.

ABRvS 13 oktober 2004, KPN Telecom vs. Staatssecretaris V&W, *nr. 11 m.nt. L.J. Wildeboer* J

Verleggen van kabels · Nadeelcompensatie

Zie de vooraankondiging in Mediaforum 2005-1, p. 12

ABRvS 13 oktober 2004, KPN Telecom vs. Staatssecretaris V&W, *nr. 11 m.nt. L.J. Wildeboer, tevens AB 2004, 459 m.nt. A. van Hall* J

Verleggen van kabels · Besluit

Zie de vooraankondiging in Mediaforum 2005-1, p. 13

ABRvS 9 februari 2005, Appellant vs. College van B&W Sint-Michielsgestel, *LJN AS5484*

Zendmast · Bouwvergunning · Artikel 10 EVRM

Een anonieme derde in dit geschil is radiozendamateur en beschikt over de zogenaamde A-licentie. Voor het zenden en ontvangen van informatie heeft hij een zendmast nodig. Voor de oprichting daarvan is aan hem een bouwvergunning verleend. Het bezwaar van appellant heeft uitsluitend betrekking op de visuele hinder die hij van de zendmast ondervindt. Volgens hem heeft de rechtbank miskend dat uit artikel 10 lid 2 EVRM volgt dat het college, om de plaatsing van de zendmast mogelijk te maken, de vrijstellingsprocedure als bedoeld in artikel 19 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening niet buiten toepassing kon laten. De Afdeling stelt dat voor het verlenen van een bouwvergunning het volgen van een vrijstellingsprocedure niet noodzakelijk is, mits is voldaan aan de voorwaarde dat de zendmast noodzakelijk is voor de uitoefening van de door artikel 10 van het EVRM gewaarborgde rechten alsmede dat zich geen situatie voordoet die, gelet op artikel 10 lid 2 EVRM, beperking van die rechten rechtvaardigt. De rechtbank heeft volgens de Afdeling voorts met juistheid en op goede gronden overwogen dat

het college zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de zendmast niet onevenredig bezwarend is voor anderen. De rechtbank is terecht tot het oordeel gekomen dat het college zich in dit geval op het standpunt mocht stellen dat het volgen van een vrijstellingsprocedure niet noodzakelijk is.

CBB 8 december 2004, OPTA vs. KPN Mobile, AB 2005, 42 m.nt. G.J.M. Cartigny

Telecommunicatie · Nummerportabiliteit

Zie *Mediaforum* 2005-2, p. 58

CBB 4 februari 2005, OPTA vs. Gemeente Lelystad, LJN AS5102

Geschillenbeslechting verlegging kabels · Bevoegdheid OPTA · Artikel 5.7 Tw

In verband met het voornemen om gronden te verkopen ten behoeve van woningbouw heeft de gemeente Lelystad aan KPN opgedragen haar kabels in het tracé op eigen kosten te verplaatsen. KPN heeft zich hiertegen verzet. OPTA heeft zowel in haar primaire besluit als in haar beslissing op bezwaar beslist dat KPN de kosten dient te dragen voor het verleggen van de kabels. Op 28 april 2004 oordeelde de Rechtbank Rotterdam echter dat niet OPTA maar de burgerlijke rechter bevoegd is een geschil over de voorwaarden van artikel 5.7 Tw te beslechten (zie *Mediaforum* 2004-11/12, nr. 43). Het CBB vernietigt de uitspraak van de rechtbank. Indien het gebrek aan overeenstemming betrekking heeft op de vraag of een netwerk-aanbieder de kosten van de verplaatsing dient te dragen, is OPTA bevoegd hierover te oordelen. Indien de onenigheid ziet op de hoogte van de kosten, zal OPTA het bedrag daarvan moeten vaststellen. Het betoog dat deze regeling afwijkt van het voorheen in de Wet op de telecommunicatievoorzieningen neergelegde stelsel en dat in de wetsgeschiedenis deze afwijking onvoldoende helder gemarkeerd of gemotiveerd zou zijn en dat daarom aan het oude stelsel zou moeten worden vastgehouden, overtuigt het CBB niet. Bovendien moet blijken een recentelijk bij de Tweede Kamer ingediend wetsvoorstel tot wijziging van de Telecommunicatiewet voor de toekomst toch met de introductie van een afwijkende regeling rekening worden gehouden, waardoor de wenselijkheid om aan het oude stelsel vast te houden beperkt is.

CBB 9 februari 2005, Tintel vs. Beroepscommissie Stic, LJN AS6707

Telecommunicatie · Informatienummers · Bestuursorgaan

De door de Beroepscommissie Stic genomen beslissingen betreffen oplegging van sancties als bedoeld in artikel 4.11, lid 2, Telecommunicatiewet. Het CBB is van oordeel dat de door de Beroepscommissie genomen beslissingen in ieder geval voor wat betreft de openstaande rechtsbescherming dienen te worden beschouwd als op grond van de Tw genomen besluiten. De rechtbank was dienengevolge bevoegd kennis te nemen van de beroepen op grond van artikel 17.1, lid 1 Tw en heeft zich ten onrechte onbevoegd verklaard (zie *Mediaforum* 2004-6, p. 213). Hiermee is tevens gegeven dat tegen de uitspraak

van de rechtbank ingevolge artikel 20, lid 1 van de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie hoger beroep openstond bij het CBB. Anders dan de rechtbank is het CBB van oordeel dat de Beroepscommissie wel als bestuursorgaan moet worden aangemerkt. Tengevolge van de wettelijke verplichting voor platformaanbieders om zich aan te sluiten bij Stic, heeft een nummerhouder de gelding van door Stic jegens hem te treffen sancties te dulden. Dit duidt op een publiekrechtelijk karakter van de oplegging van de sancties door Stic. Daarbij is tevens van belang dat het 'Besluit erkenningseisen' normen aangaande de sanctionering stelt.

Vzr. CBB 28 januari 2005, KPN vs. OPTA, LJN AS5300

Telecommunicatie · Kortingsregeling KPN

KPN heeft van juli tot en met december 2004 de zogenaamde Iris cadeaubonactie gevoerd. Deze actie hield in dat een (zakelijke) klant een Iris cadeaubon ter waarde van € 25,- ontving, indien hij er voor koos zijn vaste telefoonverkeer niet langer van een andere aanbieder, maar van KPN af te nemen. OPTA heeft KPN verzocht deze actie te staken en heeft KPN bij besluit van 26 november 2004 (ter handhaving van bepalingen gesteld in artikel 38 Boht) een last onder dwangsom opgelegd. KPN had niet aannemelijk gemaakt dat de actie gebaseerd was op aantoonbare kostenvoordelen. Daarmee had KPN de toegestane kortingspercentages overschreden. In een voorlopige voorzieningenprocedure wijst het CBB het verzoek van KPN af wegens het ontbreken van een spoedeisend belang.

WIPO Arbitration and Mediation Center 30 november 2004, eBay vs. Justdesign, *DomJur* 2004, 212

Domeinnaam · Merkenrecht · Arbitrage

De arbiter oordeelt in een arbitragezaak onder toepassing van de Regeling voor .nl-domeinnaamarbitrage, dat de registratie en het gebruik door verweerster van de domeinnaam e-bay.nl, die bijna identiek is aan het bekende handelsmerk van eiser, eBay, moet worden beschouwd als een inbreuk op het merkenrecht van eiser. Verweerster heeft op oneerlijke wijze geprofiteerd van de reputatie van het handelsmerk van eiser. De arbiter oordeelt, dat eiser de houder van de domeinnaam e-bay.nl wordt in plaats van verweerster.

WIPO Arbitration and Mediation Center 4 januari 2005, Kleertjes.com BV vs. A.H. Buter, *DomJur* 2005, 214

Domeinnaam · Handelsnaam · Arbitrage

De arbiter is onder toepassing van de Regeling voor .nl-domeinnaamarbitrage van mening dat, zo er al sprake is van gebruik van de domeinnaam als handelsnaam door verweerster, door de registratie en het gebruik van de domeinnaam door verweerster geen verwarringsgevaar in de zin van artikel 5 Handelsnaamwet ontstaat met (handels)namen van eiseres, zodat de daarop gebaseerde vorderingen moeten worden afgewezen. Het staat verweerster in beginsel vrij het beschrijvende woord 'kleertjes' in de domeinnaam te gebruiken, daargelaten of verweerster het recht daartoe (tevens) kan

hebben verkregen in het kader van haar ver-tegenwoordiging van het Belgische kledingmerk Kleertjes.

Binnenland

Wijziging Tabakswet

Wetsvoorstel 29 721 tot implementatie van richtlijn 2003/33/EG betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de reclame en sponsoring voor tabaksproducten, is op 23 december 2004 tot wet verheven. De wet is op 1 februari 2005 in het *Staatsblad* verschenen en een dag later in werking getreden. De wet bewerkstelligt een aantal kleine aanpassingen van de Tabakswet.

Stb. 2005, 38. Zie ook *Mediaforum* 2004-10, p. 311-312.

Verdrag van Aarhus

De Wet uitvoering Verdrag van Aarhus is met ingang van 14 februari 2005 in werking getreden. Dit is bepaald bij koninklijk besluit van 1 februari 2005. Zie over deze wet en het verdrag eerder *Mediaforum* 2004-11/12, p. 356 en 2005-2, p. 59.

Stb. 2005, 66.

Wijziging Mediawet

De regering heeft bij koninklijke boodschap van 7 februari 2005 een wetsvoorstel tot wijziging van de Mediawet bij de Tweede Kamer ingediend dat kort wordt aangeduid als het 'wetsvoorstel strategie en sturing publieke omroep'. Het wetsvoorstel heeft de volgende achtergrond. Op 2 april 2004 bracht de commissie Rinnooy Kan, de onafhankelijke visitatiecommissie die het functioneren van de publieke omroep in de eerste helft van de concessieperiode 2000-2005 heeft geëvalueerd, haar verslag uit. Zij concludeerde dat de omroepen ieder voor zich redelijk tot goed functioneerden, doch dat de onderlinge samenwerking aanzienlijk tekortschoot. Volgens de commissie waren de achterblijvende prestaties deels te verklaren uit de ingewikkelde besluitvormingsstructuur. Het kabinet neemt deze conclusie over en acht een aanpassing van de organisatie en besturing van de publieke omroep dringend noodzakelijk. Daartoe strekt het onderhavige wetsvoorstel. Het voorstel tast de grondslagen van het huidige bestel niet aan. Wel dwingt de voorgestelde wetswijziging tot nog beter samenspel. Prestatieafspraken met de overheid en onderling bevorderen de totstandkoming van een gezamenlijke strategie. Voorts wordt de regierol van de raad van bestuur versterkt, opdat een duidelijke regie van de programmering op de radiozenders en de televisienetten gewaarborgd wordt. Tenslotte wordt de bestuurlijke organisatie hervormd. Er ontstaat een van de uitvoerende omroepen onafhankelijke raad van toezicht en de omroepvoorzitters kunnen inbreng leveren via een nieuw op te richten college van omroepen.

Kamerstukken II 2004/05, 29 991, nr. 1-4.

Persbeleid

Staatssecretaris Van der Laan van OCW heeft op 18 januari 2005 een brief over het persbeleid naar de Tweede Kamer gestuurd. Zij begint de brief met een korte schets van het Nederlandse perslandschap, gevolgd door opmerkingen over dagbladconcentraties, veranderend mediagebruik (verdringing van oude media door nieuwe media) en

verschuivingen op de reclamemarkt. Vervolgens gaat de staatssecretaris in op de rol van de overheid op persgebied. Hier bespreekt zij afweerfunctie en de stimuleringsfunctie van de grondwettelijk verankerde vrijheid van meningsuiting, de vraag of een specifiek persbeleid nog nodig is en de consequenties voor het overheidsbeleid. De bewindsvrouw is van oordeel dat de rol van de overheid waar het gaat om financiële ondersteuning van de pers terughoudend en bescheiden moet blijven. Het gaat hier immers om een private sector en structurele steun brengt mogelijk de onafhankelijkheid van de pers ten opzichte van de overheid in gevaar. Steun kan uitsluitend op tijdelijke basis worden verleend en ook generieke maatregelen (zoals goedkope of gratis abonnementen op kosten van de overheid) worden afgewezen. Tevens ziet het kabinet af van een wettelijk geregeld redactiestatuut. Voor wat betreft de bescherming van de pluriformiteit wijst de staatssecretaris naar een eerdere brief waarin een wettelijke regeling voor dagbladconcentraties werd aangekondigd (zie ook *Mediaforum* 2005-2, p. 59). Voorts wijdt de bewindsvrouw nog enige woorden aan de kwaliteit van berichtgeving en de journalistieke verantwoordelijkheid. Zij beschouwt zelfregulering als het meest geëigende middel om de kwaliteit van de journalistiek op peil te houden. De brief besluit met een bespreking van een advies van het Bedrijfsfonds voor de Pers over regionale en lokale informatievoorziening via de pers.

Kamerstukken II 2004/05, 29 692, nr. 3.

Overheidscommunicatie Europese Grondwet

Bij brief van 7 februari 2005 heeft staatssecretaris Nicolai van Buitenlandse Zaken de Tweede Kamer geïnformeerd over de opstelling van de regering in de aanloop naar het referendum over de Europese Grondwet en de financiële middelen die zijn geraamd voor een communicatiebeleid. In deze brief wordt ook antwoord gegeven op schriftelijke vragen van de kamerleden Wilders (Groep Wilders) en Van Bommel (SP). Allereerst gaat de staatssecretaris in op enkele algemeen aanvaarde principes van overheidscommunicatie. De Commissie Toekomst Overheidscommunicatie heeft in haar rapport 'In dienst van de democratie' verscheidene criteria genoemd waaraan voorlichting door de overheid over (nog) niet aanvaard beleid moet voldoen. De communicatie dient feitelijk van aard en zakelijk van toon te zijn, de overheid dient herkenbaar te zijn als afzender en er dient gecommuniceerd te worden in redelijke verhouding tot de communicatie van anderen, zowel qua budget als bereik (principe van proportionaliteit). De regering heeft in een reactie op het rapport bovenstaande criteria onderschreven (zie *Mediaforum* 2002-2, p. 51-52). Als lijn dient volgens haar te worden aangehouden 'dat de overheid [...] in beginsel dezelfde communicatiemiddelen moet kunnen inzetten als andere partijen in de discussie die gebruiken voor het uitdragen van hun standpunten over het betreffende beleidsvoornemen'. In de aanloop naar het referendum zal de regering met overtuiging pleiten voor een 'ja-stem'. Zij zal dat doen met inachtneming van de eerder genoemde principes: met feitelijke argumenten die zakelijk van toon zullen zijn en daarnaast in redelijke verhouding tot de communicatie van anderen. Op grond van het principe van proportionaliteit zal zij bij het overbrengen van haar boodschap

gebruik maken van zogenaamde 'free-publicity', zoals ingezonden opinie-artikelen of deelname van bewindslieden aan debatten en discussie-programma's. De regering zal dus in beginsel geen campagne voeren met behulp van betaalde zendtijd of advertentieruimte. Indien echter de tegenstanders van de Europese Grondwet op grote schaal gebruik zouden gaan maken van betaalde communicatiemiddelen, dan zal nader bezien moeten worden wat het eerder genoemde uitgangspunt 'communicatie in redelijke verhouding tot de communicatie van anderen' voor de regering moet betekenen.

Kamerstukken II 2004/05, 29 993, nr. 1; Aanhangsel Handelingen II 2004/05, nr. 883 en 884.

Evaluatie OPTA

Op 7 februari 2005 heeft minister Brinkhorst van Economische Zaken aan de Tweede Kamer eindrapporten van Berenschot, Ecorys en TNO-STB inzake de vierjaarlijkse evaluatie van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) toegezonden. Op basis van deze onderzoeksresultaten zal de minister een kabinetsstandpunt voorbereiden. OPTA heeft volgens het eindrapport haar wettelijke taken ten aanzien van de telecommunicatie- en postmarkt voldoende tot goed vervuld en in het algemeen op een voldoende tot goede manier gebruik gemaakt van haar bevoegdheden. Het eindrapport beveelt echter wel meer transparantie aan in de prioriteringstelling van onderwerpen door OPTA. Na consultatie van OPTA en marktpartijen is de minister voornemens het kabinetsstandpunt voor 1 juni 2005 aan de Tweede Kamer aan te bieden. Het kabinetsstandpunt betreft de conclusies van de doelmatigheid en doeltreffendheid van het optreden van OPTA in de afgelopen vier jaar, alsmede het oordeel van het kabinet over de mate waarin en de wijze waarop het sectorspecifieke toezicht op de telecommunicatie- en postmarkt gecontinueerd zou moeten worden.

Kamerstukken II 2004/05, 29 800, nr. 52.

Nummerportabiliteit

Op 18 januari 2005 heeft minister Brinkhorst van Economische Zaken vragen van het kamerlid Van Dam (PvdA) beantwoord inzake nummerportabiliteit. De minister geeft aan dat de consument niet de mogelijkheid heeft om tijdens een nog lopende (duur)overeenkomst over te stappen naar een andere telefoonaanbieder met medeneming van het nummer. Na beëindiging van de overeenkomst hoeft de dienst niet meer geleverd en dan komt het nummer vrij. Op dat moment kan het worden meegenomen naar een andere aanbieder. OPTA heeft aangegeven dat het in de praktijk niet altijd duidelijk is wanneer aan het vereiste van beëindiging van de overeenkomst is voldaan, waardoor een snelle overgang naar een andere aanbieder kan worden bemoeilijkt. De minister zal daarom in overleg met OPTA bezien of het nodig is te komen tot een aanvulling dan wel aanpassing van de regels omtrent nummerportabiliteit. De bewindsvrouw is vooralsnog van mening dat een ander kan plaatsvinden met behoud van de huidige systematiek.

Aanhangsel Handelingen II 2004/05, nr. 753.

Samengaan dagbladen

Het kamerlid Atsma (CDA) heeft schriftelijke vragen gesteld aan staatssecretaris Van der Laan van OCW over plannen van PCM en

Wegener voor een mogelijke samenvoeging van een achttal krantentitels van beide concerns, waaronder het *Algemeen Dagblad*. De bewindsvrouw verwacht eind maart een definitief voorstel en zij gaat ervan uit dat dit voorstel zal worden getoetst door de NMa. Verder herhaalt zij dat het kabinet voornemens is een pluriformiteitstoets te introduceren (zie ook *Mediaforum* 2005-2, p. 59). Het kabinet ziet af van een 'inhoudelijke' toets en kiest voor een eenduidige begrenzing van marktaandeelen. Dagbladconcentraties die leiden tot een marktaandeel van meer dan 35% worden verboden. Een daartoe strekkende regeling zal worden opgenomen in de Mededingingswet en door de NMa worden uitgevoerd. Het kabinet ziet overigens geen rol voor de NMa bij het toetsen van criteria die in de Mediawet zijn opgenomen. Dat is de taak van het Commissariaat voor de Media.

Aanhangsel Handelingen II 2004/05, nr. 761.

Focus op functies

De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid heeft bij brief van 14 december 2004 het rapport Focus op functies: uitdagingen voor een toekomstbestendig media-beleid aangeboden aan premier Balkenende. Het rapport bevat een analyse van de veranderingen in het maatschappelijk communicatiebestel en mondt uit in een pleidooi voor een andere grondslag en vormgeving van het mediabeleid. Met het rapport heeft de Raad twee doelen beoogd: in de eerste plaats het geven van een goede diagnose van de vele ontwikkelingen die de komende jaren in hun onderlinge samenhang het mediabeleid beïnvloeden, en in de tweede plaats het formuleren van een toekomstgerichte beleidsredenering die leidt tot een aantal conclusies en aanbevelingen. Een belangrijke conclusie is dat niet meer met verdere instrumentele verfijning van het bestaande beleid kan worden volstaan. In plaats daarvan pleit de Raad voor een meer technologieneutrale grondslag en vormgeving van het beleid. Publieke belangen dienen niet langer per medium, maar op het niveau van de functies van het medialandschap te worden geanalyseerd en vastgesteld. Aan het slot van het rapport past de Raad de door hem ontwikkelde beleidsredenering toe op het debat over de publieke omroep.

www.wrr.nl; zie ook de bijdrage van Egbert Dommering in Mediaforum 2005-2, p. 44-52.

Verschenen

W.B.H.J. van de Donk, D.W.J. Broeders & F.J.P.M. Hoefnagel (red.), *Trends in het medialandschap: vier verkenningen*, Amsterdam: AUP 2005; ISBN 9053567348; 226 p.

N.A.N.M. van Eijk, L.F. Asscher, N. Helberger & J.J.C. Kabel, *De regulering van media in internationaal perspectief* (achtergrondstudie voor het WRR-rapport 'Focus op functies: uitdagingen voor een toekomstbestendig mediabeleid'), te vinden op www.ivir.nl; 96 p.

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Focus op functies: uitdagingen voor een toekomstbestendig mediabeleid*, Amsterdam: AUP 2005; ISBN 905356733x; 196 p.

Nr. 7 KPN Telecom vs. OPTA en Denda

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen 25 november 2004

In zaak C-109/03, betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Nederland), bij beslissing van 8 januari 2003, ingekomen bij het Hof op 10 maart 2003, in de procedure

KPN Telecom BV

Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA),
in tegenwoordigheid van:

Denda Multimedia BV,

Denda Directory Services BV,

Wijst HET HOF VAN JUSTITIE (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: P. Jann (rapporteur), kamerpresident, A. Rosas, K. Lenaerts, S. von Bahr en K. Schiemann, rechters, advocaat-generaal: M. Poiares Maduro, griffier: H. von Holstein, adjunct-griffier,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 19 mei 2004, gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

- KPN Telecom BV, vertegenwoordigd door B. L. P. van Reeken en E. Pijnacker Hordijk, advocaten,
- de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA), vertegenwoordigd door A. B. van Rijn en B. J. Drijber, advocaten,
- Denda Multimedia BV, vertegenwoordigd door T. F. W. Overdijk, advocaat,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door I. M. Braguglia als gemachtigde, bijgestaan door P. Gentili, avvocato dello Stato,
- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door M. Shotter en W. Wils als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 14 juli 2004, het navolgende Arrest:

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 6, lid 3, van richtlijn 98/10/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 1998 inzake de toepassing van Open Network Provision (ONP) op spraaktelefonie en inzake de universele telecommunicatiedienst in een door concurrentie gekenmerkt klimaat (PB L 101, blz. 24; hierna: 'richtlijn').
2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen KPN Telecom BV (hierna: 'KPN') en de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: 'OPTA') over de terbeschikkingstelling van bepaalde abonneegegevens van KPN aan particuliere ondernemingen, met het oog op de samenstelling van telefoongidsen door deze ondernemingen.

Toepasselijke bepalingen

3. Artikel 1, lid 1, van de richtlijn bepaalt:
*Deze richtlijn heeft betrekking op de harmonisatie van de voorwaarden voor een open en efficiënte toegang tot en gebruik van vaste openbare telefoonnetwerken en vaste openbare telefoondiensten in een door open en concurrerende markten gekenmerkte omgeving overeenkomstig de beginselen van Open Network Provision (ONP).
Het doel is ervoor te zorgen dat in de gehele Gemeenschap vaste openbare telefoondiensten van hoge kwaliteit beschikbaar zijn en het dienstenpakket te definiëren waartoe alle gebruikers, consumenten inbegrepen, in het kader van de universele dienst voor een aanvaardbare prijs toegang moeten hebben in het licht van specifieke nationale voorwaarden.*
4. Artikel 2, lid 2, sub f, van de richtlijn omschrijft het begrip 'universele dienst' als 'een gedefinieerd minimumpakket van diensten van een gegeven kwaliteit dat beschikbaar is voor alle gebruikers onafhankelijk van hun geografische locatie en, in het licht van de specifieke nationale omstandigheden, tegen een betaalbare prijs'.

5. Artikel 6 van de richtlijn luidt als volgt:

1. De bepalingen van dit artikel zijn onderworpen aan de voorschriften van de relevante wetgeving inzake de bescherming van persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer, zoals richtlijn 95/46/EG en richtlijn 97/66/EG.
2. De lidstaten zorgen ervoor dat:
 - a) de abonnees het recht hebben te worden vermeld in algemeen beschikbare telefoongidsen en de vermelde gegevens te controleren en zo nodig te corrigeren, of deze vermelding te laten schrappen;
 - b) telefoongidsen waarin alle abonnees worden vermeld die zich niet hiertegen hebben uitgesproken, met inbegrip van de nummers van hun vaste, mobiele en persoonlijke toestellen, in een door de nationale regelgevende instantie goedgekeurde vorm, gedrukt of elektronisch of beide, voor alle gebruikers beschikbaar zijn, en regelmatig worden bijgewerkt;
 - c) ten minste één telefoongidsinformatiedienst voor alle gebruikers, inclusief de gebruikers van openbare betaaltelefoons, beschikbaar is waarmee alle in de telefoongidsen opgenomen abonneenummers worden bestreken.
3. Om ervoor te zorgen dat de in lid 2, sub b en c, bedoelde diensten beschikbaar zijn, zorgen de lidstaten ervoor dat alle organisaties die telefoonnummers toewijzen aan abonnees alle redelijke verzoeken honoreren om de relevante informatie in een overeengekomen formaat beschikbaar te stellen op billijke, kostengeoriënteerde en niet-discriminerende voorwaarden.
4. De lidstaten zorgen ervoor dat organisaties die de in lid 2, sub b en c, bedoelde dienst verstrekken, bij de behandeling en presentatie van de aan hen verstrekte informatie het principe van niet-discriminatie volgen.

6. In Nederland zijn de gebieden waarvoor de richtlijn geldt, geregeld in de Wet op de telecommunicatievoorzieningen van 26 oktober 1988 (Staatsblad 1988, 520; hierna: 'WTV'), en in het Besluit ONP huurlijnen en telefonie van 10 november 1998 (Staatsblad 1998, 639; hierna: 'BOHT'), dat ter uitvoering van met name de artikelen 7.1 en 7.5 van deze wet is vastgesteld.

7. Artikel 43 BOHT luidt:

Degene, die een nummer [...] in gebruik geeft, stelt op verzoek in een overeengekomen formaat, op billijke, kostengeoriënteerde en niet-discriminerende voorwaarden die nummers met bijbehorende informatie beschikbaar ten behoeve van de beschikbaarstelling van telefoongidsen en de abonnee-informatiedienst [...]

Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

8. KPN is de aanbieder van de universele spraaktelefoniedienst in Nederland. Denda International vof, thans Denda Multimedia BV (hierna: 'Denda'), gevestigd in Nederland, en Topware CD-Service AG (hierna: 'Topware'), gevestigd in Duitsland, waren ten tijde van de aan de verwijzende rechter voorgelegde feiten ondernemingen die onder andere papieren telefoongidsen uitbrachten, alsmede elektronische telefoongidsen, aanvankelijk op cd-rom en bestemd om nadien op het internet te worden geplaatst.
9. Blijkens de verwijzingsbeschikking hebben Denda en Topware PTT Telecom BV, die tot 1998 de rechtsvoorgangster van KPN was, verzocht hun gegevens te verstrekken over haar abonnees van de spraaktelefoniedienst teneinde hun eigen telefoongidsen samen te stellen. Behalve in de strikte basisgegevens zoals naam, adres, woonplaats en telefoonnummer, alsmede eventueel de postcode van de abonnee en de precisering of het nummer uitsluitend als faxnummer wordt gebruikt, waren deze twee bedrijven in het bijzonder geïnteresseerd in de verstrekking van extra gegevens – uitgezonderd advertenties – uit het witte gedeelte van de door de rechtsvoorgangster van KPN uitgegeven telefoongids. Het ging bijvoorbeeld om de extra vermelding van een beroep, vermeldingen onder een andere naam of in een andere gemeente of van mobiele telefoonnummers van de abonnees.
10. De rechtsvoorgangster van KPN weigerde deze extra gegevens aan Denda en Topware ter verstrekken. Zij weigerde tevens hun de basisvermeldingsgegevens tegen een lagere prijs dan 0,85 NLG per gegeven te verstrekken, hetgeen volgens deze ondernemingen zeer overdreven was. Deze ondernemingen hebben dus bij de OPTA een klacht ingediend opdat deze zou vaststellen dat de rechtsvoorgangster van KPN bepalingen van de WTV en van het BOHT had geschonden.

11. Bij besluit van 29 september 1999 heeft de OPTA besloten, enerzijds dat KPN niet verplicht was de extra gegevens die Denda en Topware wensten te verkrijgen, aan hen te verstrekken, en anderzijds dat de door KPN voor de terbeschikkingstelling van de basisvermeldingsgegevens gevraagde prijs lager diende te zijn dan 0,005 NLG per gegeven.
12. Zowel KPN als Denda en Topware hebben bezwaar gemaakt tegen dit besluit van de OPTA. Bij twee besluiten van 4 december 2000 heeft de OPTA haar aanvankelijke standpunt gewijzigd en overwogen dat KPN tevens de extra gegevens moest verstrekken betreffende een of meerdere mobiele telefoonnummers, het beroep van de abonnee en de eventuele vermeldingen van de abonnee in andere gemeenten.
13. KPN en Denda hebben daarop tegen deze beslissingen beroep ingesteld bij de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam, maar deze beroepen zijn ongegrond verklaard. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven, waarbij hoger beroep is ingesteld, heeft twijfels over de uitlegging van de betrokken bepalingen van de WTV en het BOHT in het licht van de richtlijn.
14. Van oordeel dat de uitlegging van artikel 6, lid 3, van de richtlijn voor de beslechting van het geding noodzakelijk is, heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:
 - a. *Dient 'relevante informatie' in artikel 6, lid 3, van richtlijn 98/10/EG [...] aldus te worden uitgelegd dat hieronder enkel wordt verstaan de door de betrokken organisaties uitgegeven nummers met naam, adres, woonplaats en postcode van degene aan wie het nummer is uitgegeven alsmede een eventuele vermelding of het nummer (uitsluitend) als faxlijn wordt gebruikt, of vallen onder 'relevante informatie' tevens andere gegevens waarover de organisaties beschikken, zoals extra vermelding van een beroep, van een andere naam, in een andere gemeente of van mobiele telefoonnummers?*
 - b. *Dient 'redelijke verzoeken honoreren [...] op billijke, kostengeoriënteerde en niet-discriminerende voorwaarden' in de onder 1 bedoelde bepaling aldus te worden uitgelegd dat:*
 1. *nummers met naam, adres, woonplaats en postcode van degene aan wie het nummer is uitgegeven beschikbaar dienen te worden gesteld tegen een vergoeding van enkel de marginale kosten, gemoeid met het daadwerkelijk ter beschikking stellen ervan, en*
 2. *andere dan de onder a vermelde gegevens beschikbaar dienen te worden gesteld tegen een vergoeding die strekt tot dekking van de kosten waarvan de verstrekker van deze gegevens aantoont dat hij deze heeft gemaakt om de gegevens te verkrijgen c.q. te verstrekken?*
15. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen welke gegevens worden bedoeld met de term 'relevante informatie' in artikel 6, lid 3, van de richtlijn.
16. Vooraf dient te worden vastgesteld dat artikel 6, lid 3, van de richtlijn geen definitie geeft van het begrip 'relevante informatie' over de abonnees, welke de organisaties die de telefoonnummers toewijzen, aan derden moeten verstrekken. Dit begrip moet dus in het licht van zijn context en van het doel van de richtlijn worden uitgelegd.
17. Zoals volgt uit artikel 1, lid 1, tweede alinea, van de richtlijn heeft zij tot doel ervoor te zorgen dat in de gehele Gemeenschap vaste openbare telefoondiensten van hoge kwaliteit beschikbaar zijn en het dienstenpakket te definiëren waartoe alle gebruikers, consumenten inbegrepen, in het kader van de universele dienst tegen een aanvaardbare prijs toegang moeten hebben, en, zoals blijkt uit de titel van de richtlijn, 'in een door concurrentie gekenmerkt klimaat'.
18. De richtlijn heeft dus tot doel een evenwicht te verzekeren tussen enerzijds de specifieke belangen van de aanbieder van de universele dienst, en anderzijds die van de ondernemingen in de betrokken concurrentiegerichtte sector en van de gebruikers, consumenten inbegrepen.
19. Wat om te beginnen de universele dienst betreft, dient in herinnering te worden gebracht dat deze in artikel 2, lid 2, sub f, van de richtlijn is omschreven als een gedefinieerd minimumpakket van diensten van een gegeven kwaliteit dat beschikbaar is voor alle gebruikers onafhankelijk van hun geografische locatie en, in het licht van de specifieke nationale omstandigheden, tegen een betaalbare prijs.
20. Zoals de Commissie op goede gronden betoogt, blijkt uit de woorden 'om ervoor te zorgen dat de in lid 2, sub b en c, bedoelde diensten beschikbaar zijn', aan het begin van artikel 6, lid 3, van de richtlijn, dat de verplichting van de lidstaten om ervoor te zorgen dat de organisaties die telefoonnummers aan abonnees toewijzen alle redelijke verzoeken honoreren om de relevante informatie beschikbaar te stellen, deel uitmaakt van het verzekeren van de universele dienst.
21. Derhalve moet worden onderzocht welke gegevens noodzakelijk zijn om de aanbieder van een dergelijke dienst te verzekeren.
22. Artikel 6, lid 2, sub b, van de richtlijn vermeldt in dit verband uitsluitend dat alle abonnees die zich niet hiertegen hebben uitgesproken, in de telefoongidsen moeten worden vermeld, met inbegrip van de nummers van hun vaste, mobiele en persoonlijke toestellen, teneinde voor alle gebruikers beschikbaar te zijn. Daaruit volgt, zoals KPN op goede gronden heeft beklemtoond, dat andere gegevens dan die welke in deze bepaling zijn vermeld, niet noodzakelijk zijn voor de samenstelling van een telefoongids in het kader van de universele dienst.
23. De vraag rijst echter of een dergelijke beperking van de gegevens in het kader van de verstrekking van informatie aan de concurrenten van de aanbieder van de universele dienst voldoet aan de vereisten van de liberalisering van de telecommunicatiemarkt, waar de richtlijn een onderdeel van is. De OPTA en Denda trekken dit sterk in twijfel en betogen dat alleen een ruime uitlegging van het begrip van de te verstrekken gegevens een billijk mededingingsniveau kan verzekeren.
24. Volgens KPN heeft de richtlijn echter niet tot doel om derden mee te laten profiteren van de inspanningen van de aanbieder van de universele dienst, zoals de dure inzameling van extra gegevens, aangezien dergelijke inspanningen geen deel uitmaken van deze dienst in strikte zin. Elke andere uitlegging van de richtlijn zou ertoe leiden dat de mededinging tussen de ondernemingen die telefoongidsen verstrekken, wordt vervalst omdat een van hen verplicht zou zijn haar concurrenten te helpen zonder dat op laatstgenoemden een plicht van wederkerigheid rust.
25. In dit verband staat vast dat de richtlijn op vele plaatsen haar doel vermeldt, te weten het bevorderen van het openstellen van een door concurrentie gekenmerkte markt op het gebied van de telecommunicatie. Wat meer in het bijzonder de telefoongidsen betreft, vermeldt punt 7 van de considerans van de richtlijn dat 'de levering van gidsdiensten een aan concurrentie onderworpen activiteit is'. Voorzover voorts artikel 6, lid 3, van de richtlijn in de terbeschikkingstelling van bepaalde abonneegegevens aan concurrerende ondernemingen voorziet, bevestigt het dit doel.
26. In de betrokken lidstaat toont het bestaan van andere ondernemingen die telefoongidsen samenstellen dan de aanbieder van de universele dienst, zoals Denda en Topware, immers aan dat zich inderdaad een door concurrentie gekenmerkte markt heeft ontwikkeld.
27. Het is echter niet uitgesloten dat de weigering om de in het hoofdgeding aan de orde zijnde gegevens te verstrekken van invloed is op de voorwaarden waaronder een dergelijke door concurrentie gekenmerkte markt van ondernemingen die telefoongidsen aanbieden, zich kan ontwikkelen. Wat deze voorwaarden betreft bepaalt artikel 6, lid 3, van de richtlijn dat zij 'billijk, kostengeoriënteerd en niet-discriminerend' moeten zijn. Indien de aanbieder van de universele dienst de vereisten van deze bepaling eerbiedigt, is hij dus niet verplicht daar bovenop ook alle extra gegevens te verstrekken die zijn concurrenten wensen te verkrijgen.

28. Daaruit volgt dat de weigering om andere dan de in artikel 6, lid 2, sub b, van de richtlijn vermelde gegevens aan derden te verstrekken verenigbaar is met de liberalisering van de telecommunicatiemarkt, een van de doelstellingen van de richtlijn.

29. Wat ten slotte de specifieke belangen van de gebruikers, consumenten inbegrepen, betreft, dit zijn nu juist degenen die ingevolge artikel 1, lid 1, tweede alinea, geacht worden profijt te hebben bij de mededingingsvoorwaarden van de betrokken markt. Punt 7 van de considerans van de richtlijn stelt immers dat gebruikers en consumenten 'behoefte hebben aan gidsen en gidsinformatiediensten die alle geregistreerde telefoon-abonnees en hun nummers (inclusief het nummer van de vaste, mobiele en persoonlijke aansluiting) bestrijken', wat overeenkomt met het bepaalde in artikel 6, lid 2, sub b, van de richtlijn.

30. Met een dergelijke informatiebehoefte van de gebruikers komt ook het recht, zoals dit voortvloeit uit artikel 6, lid 2, sub a, van de richtlijn, overeen niet alleen om in de telefoongids te worden vermeld, maar ook om de gehele of gedeeltelijke verwijdering van bepaalde daarin vermelde gegevens te verlangen. Evenzo verwijst artikel 6, lid 1, van de richtlijn, zoals de Commissie op goede gronden heeft beklemtoond, uitdrukkelijk naar bepaalde communautaire voorschriften betreffende de bescherming van persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer.

31. Bovendien, zoals het Hof heeft geoordeeld, zij het in een andere context die echter wel verband houdt met de toepassing van artikel 6, lid 2, van de richtlijn, vloeit uit deze bepaling het beginsel voort dat iedere telefoonexploitant de lijst beheert van zijn eigen abonnees die niet op de universele lijst wensen voor te komen, en de naam van deze abonnees niet aan de uitgever van de telefoongids mededeelt (arrest van 6 december 2001, Commissie/Frankrijk, C-146/00, *Jurispr.* blz. I-9767, punt 68).

32. Vaststaat dus dat de bescherming van persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer een beslissende factor is bij de vaststelling van de gegevens die een telefoonexploitant verplicht is ter beschikking van een derde concurrent te stellen. Een ruime benadering, die vereist dat alle gegevens waarover een telefoonexploitant beschikt zonder onderscheid ter beschikking moeten worden gesteld, met uitzondering echter van de gegevens van de abonnees die op geen enkele wijze op een gepubliceerde lijst willen voorkomen, is immers niet verenigbaar met de bescherming van deze gegevens en van de persoonlijke levenssfeer van de betrokkenen.

33. Bijgevolg pleit ook de inaanmerkingneming van de specifieke belangen van de gebruikers van de betrokken diensten, consumenten inbegrepen, niet voor een ruime uitlegging van het begrip 'relevante informatie'.

34. Uit al deze overwegingen betreffende de verschillende betrokken belangen volgt dat de term 'relevante informatie' in artikel 6, lid 3, van de richtlijn strikt moet worden uitgelegd. De organisaties die telefoonnummers toewijzen moeten dus aan derden uitsluitend de abonneegegevens verstrekken van hen die zich er niet uitdrukkelijk tegen hebben uitgesproken dat zij op een gepubliceerde lijst worden opgenomen, en die volstaan om de gebruikers van een telefoongids in staat te stellen de abonnees die zij zoeken te identificeren. Tot deze gegevens behoren in beginsel naam en adres, postcode inbegrepen, van de abonnees, alsmede het (de) telefoonnummer(s) die hun door de betrokken organisatie zijn toegewezen.

35. Zoals de Commissie heeft betoogd en de advocaat-generaal in punt 28 van zijn conclusie heeft opgemerkt, kunnen er op nationaal niveau echter verschillen bestaan in de vraag van de gebruikers van spraaktelefoniediensten. Aangezien de richtlijn met de woordkeuze 'relevante informatie' niet bedoelt alle criteria die noodzakelijk kunnen lijken om de abonnees te identificeren, volledig te harmoniseren, blijven de lidstaten bevoegd om vast te stellen of bepaalde extra gegevens in een specifieke nationale context ter beschikking van derden moeten worden gesteld.

36. Op de eerste vraag dient derhalve te worden geantwoord, dat artikel 6, lid 3, van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd

dat de term 'relevante informatie' uitsluitend betrekking heeft op de abonneegegevens van hen die zich er niet uitdrukkelijk tegen hebben uitgesproken dat zij op een gepubliceerde lijst worden opgenomen, en die volstaan om de gebruikers van een telefoongids in staat te stellen de abonnees die zij zoeken te identificeren. Tot deze gegevens behoren in beginsel naam en adres, postcode inbegrepen, van de abonnees, alsmede het (de) telefoonnummer(s) die hun door de betrokken organisatie zijn toegewezen. Het staat de lidstaten echter vrij te bepalen dat andere gegevens ter beschikking van de gebruikers zullen worden gesteld wanneer zij met het oog op de specifieke nationale omstandigheden noodzakelijk lijken voor de identificatie van de abonnees.

De tweede vraag

37. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen welke kosten in verband met het verzamelen, bijwerken en verstrekken van de relevante abonneegegevens kunnen worden doorberekend in de prijs van de terbeschikkingstelling van de gegevens in het kader van artikel 6, lid 3, van de richtlijn.

38. In dit verband kan worden volstaan met vast te stellen, zoals de OPTA en Denda op goede gronden betogen, dat het verkrijgen van de basisvermeldingsgegevens over de abonnees, te weten hun naam, adres en telefoonnummer, onverbrekkelijk is verbonden met de telefoniedienst en geen bijzondere inspanning van de aanbieder van de universele dienst vergt.

39. Zoals de advocaat-generaal in punt 49 van zijn conclusie heeft opgemerkt, moeten de kosten van het verkrijgen of het toewijzen van deze gegevens, anders dan de kosten die in verband met de terbeschikkingstelling daarvan aan derden zijn gemaakt, hoe dan ook door de aanbieder van een spraaktelefoniedienst worden gedragen en zijn zij reeds inbegrepen in de kosten en inkomsten van een dergelijke dienst. In die omstandigheden zou het afwentelen van de kosten van het verkrijgen of het toewijzen van de gegevens op degenen die om toegang daartoe verzoeken, tot een niet-gerechtigde overcompensatie van de betrokken kosten leiden.

40. Daaruit volgt dat bij de terbeschikkingstelling van deze gegevens aan concurrerende ondernemingen op de markt van het verstrekken van telefoongidsen, alleen de extra kosten in verband met deze terbeschikkingstelling door de aanbieders van de universele dienst in rekening kunnen worden gebracht, en niet de kosten in verband met het verkrijgen van deze gegevens.

41. Dit geldt evenwel niet indien het om extra gegevens gaat, waarvoor de aanbieder van de universele dienst zelf extra kosten heeft moeten dragen om deze te verkrijgen. In dat geval, wanneer die aanbieder besluit dergelijke gegevens ter beschikking te stellen van derden zonder daartoe krachtens de richtlijn verplicht te zijn, verzet geen enkele bepaling daarvan zich ertegen dat dergelijke bijkomende kosten aan de derden in rekening worden gebracht, voorzover is verzekerd dat deze derden zonder discriminatie worden behandeld.

42. Op de tweede vraag dient derhalve te worden geantwoord, dat artikel 6, lid 3, van de richtlijn, voorzover het bepaalt dat de relevante informatie ter beschikking van derden moet worden gesteld op billijke, kostengeoriënteerde en niet-discriminerende voorwaarden, aldus moet worden uitgelegd dat:

- wat de gegevens betreft zoals naam en adres van de personen, alsmede het telefoonnummer dat hun is toegewezen, alleen de kosten in verband met de daadwerkelijke terbeschikkingstelling van deze gegevens aan derden door de aanbieder van de universele dienst in rekening mogen worden gebracht;
- een dergelijke aanbieder wat de extra gegevens betreft die hij niet verplicht is ter beschikking van derden te stellen, behalve de kosten van deze terbeschikkingstelling ook zijn extra kosten voor het verkrijgen van deze gegevens in rekening mag brengen, voorzover is verzekerd dat de derden zonder discriminatie worden behandeld.

Kosten

43. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof van Justitie (Eerste kamer) verklaart voor recht:

- 1) Artikel 6, lid 3, van richtlijn 98/10/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 1998 inzake de toepassing van Open Network Provision (ONP) op spraaktelefonie en inzake de universele telecomunicatiedienst in een door concurrentie gekenmerkt klimaat, moet aldus worden uitgelegd dat de term 'relevante informatie' uitsluitend betrekking heeft op de abonneegegevens van hen die zich er niet uitdrukkelijk tegen hebben uitgesproken dat zij op een gepubliceerde lijst worden opgenomen, en die volstaan om de gebruikers van een telefoongids in staat te stellen de abonnees die zij zoeken te identificeren. Tot deze gegevens behoren in beginsel naam en adres, postcode inbegrepen, van de abonnees, alsmede het (de) telefoonnummer(s) die hun door de betrokken organisatie zijn toegewezen. Het staat de lidstaten echter vrij te bepalen dat andere gegevens ter beschikking van de gebruikers zullen worden gesteld wanneer zij met het oog op de specifieke nationale omstandigheden noodzakelijk lijken voor de identificatie van de abonnees.

- 2) Voorzover artikel 6, lid 3, van richtlijn 98/10 bepaalt dat de relevante informatie ter beschikking van derden moet worden gesteld op billijke, kostengeoriënteerde en niet-discriminerende voorwaarden, moet het aldus worden uitgelegd dat:

– wat de gegevens betreft zoals naam en adres van de personen, alsmede het telefoonnummer dat hun is toegewezen, alleen de kosten in verband met de daadwerkelijke terbeschikkingstelling van deze gegevens aan derden door de aanbieder van de universele dienst in rekening mogen worden gebracht;

een dergelijke aanbieder wat de extra gegevens betreft die hij niet verplicht is ter beschikking van derden te stellen, behalve de kosten van deze terbeschikkingstelling ook zijn extra kosten voor het verkrijgen van deze gegevens in rekening mag brengen, voorzover is verzekerd dat de derden zonder discriminatie worden behandeld.

Noot

Marjolein Geus

Mr. M.J. Geus is advocaat te Den Haag (Bird & Bird) en is redacteur van dit blad.

Deze uitspraak van het Europese Hof van Justitie is de zoveelste in een lange rij beslissingen betreffende de verstrekking van abonneegegevens door KPN Telecom in de hoedanigheid van aanbieder van openbare spraaktelefoniediensten aan Denda, welk bedrijf (althans destijds) aanbieder was van onder andere papieren telefoongidsen en elektronische telefoongidsen.¹

In civielrechtelijke procedures hebben Denda en KPN elkaar een aantal malen getroffen omtrent in het bijzonder auteursrechtelijke en databankrechtelijke geschilpunten² en de domeinnaam 'detelefoongids.nl'.³ De onderhavige uitspraak van het Europese Hof van Justitie betreft een andere juridische discussie, namelijk welke gegevens KPN, of meer in het algemeen aanbieders van openbare spraaktelefoniediensten, op grond van de telecomunicatieregelgeving aan uitgevers van telefoongidsen moeten verstrekken en welke kosten daarvoor in rekening mogen worden gebracht. Het is weer eens een procedure voor de die-hards zoals die onder de oude Telecommunicatiewet vaak voor-

kwamen. De procedure is eind 1997 begonnen met een inleidend verzoekschrift van Denda bij OPTA. Inmiddels zijn wij ruim zeven jaar verder en is de zaak weer terug bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB) die nog een einduitspraak zal moeten doen.

Gegeven de lange duur van de procedure is niet verwonderlijk dat alle telecomunicatierechtelijke bepalingen waarop de procedure betrekking heeft inmiddels niet meer gelden. De uitspraak is in het bijzonder gebaseerd op artikel 6 van richtlijn 98/10/EG (de 'ONP-Spraakrichtlijn') zoals geïmplementeerd in artikel 43 van het Besluit ONP huurlijnen en telefonie van 10 november 1998 (het 'BOHT'). Zowel de ONP-Spraakrichtlijn als het BOHT zijn echter inmiddels vervangen door respectievelijk artikel 25 lid 2 van de Universele Dienstrichtlijn (2002/22/EG) en artikel 3.1 van het Besluit Universele Dienstverlening en Eindgebruikersbelangen (het 'BUDE'). Niet alleen de betrokken wettelijke bepalingen zijn gedateerd, hetzelfde geldt voor de feiten. De uitspraak heeft nog betrekking op de situatie waarbinnen KPN Telecom BV zowel haar activiteiten als universele aanbieder van de spraaktelefoonnet als haar activiteiten als universele gidsuitgever waren verenigd: zie de verwijzingsuitspraak van het CBB van 8 januari 2003, rechtsoverweging 5.1. Een en ander neemt niet weg dat de onderhavige uitspraak van het Europese Hof van Justitie, evenals de daaraan voorafgaande uitspraken van OPTA, rechtbank en CBB, toch een aantal belangrijke juridische beslissingen inhouden die ook onder het huidige regelgevend kader nog relevant lijken te zijn. Daarover hieronder meer.

Ingevolge artikel 43 BOHT rustte op vaste en mobiele openbare telefonieaanbieders die telefoonnummers in gebruik geven de verplichting om op verzoek in een overeengekomen formaat op 'billijke, kostengeoriënteerde en niet-discriminerende voorwaarden' die nummers met bijbehorende informatie beschikbaar te stellen ten behoeve van de beschikbaarstelling van telefoongidsen en de abonnee-informatie dienst bedoeld in artikel 2 van het Besluit universele dienstverlening ('BUD').

Reeds de Rechtbank Rotterdam had in de onderhavige procedure op 21 juni 2001 geoordeeld dat elke derde van wie redelijkerwijs kan worden aangenomen dat deze voornemens is een universele telefoongids uit te geven, die voldoet aan de eisen van het BUD, rechten kan ontleen aan artikel 43 BOHT. Artikel 43 BOHT beschermt dus niet alleen de formeel aangewezen aanbieder van de universele telefoongids. Dat was tot en met de rechtbank nog wel door KPN Telecom bepleit, maar tegen dit onderdeel van het oordeel van de rechtbank is door KPN Telecom geen beroep bij het CBB ingesteld.

In de verwijzingsbeslissing van het CBB van 8 januari 2003 draait het met name om de volgende twee vragen: wat dient te worden verstaan onder 'relevante informatie' die krachtens artikel 6 lid 3 van de ONP-Spraakrichtlijn aan universele gidsuitgevers dient te worden verstrekt en wat dient te worden verstaan onder de voorwaarde dat deze informatie tegen 'kostengeoriënteerde' tarieven moet worden verstrekt? Het CBB stelt op deze punten vragen van uitleg aan het Europese Hof van Justitie. Dat zijn overigens geen volledig 'open vragen'.

Met betrekking tot de door Denda verlangde informatie onderscheidt het CBB, in navolging van de rechtbank en de beslissing op bezwaar van OPTA, twee categorieën gegevens. De eerste categorie betreft naam, adres, woonplaats en postcode van degene aan wie het nummer is uitgegeven alsmede een eventuele vermelding of het nummer (uitsluitend) als faxlijn wordt gebruikt (hierna 'de basisvermeldingen'). De tweede categorie betreft zogenoemde extra vermeldingen, zoals vermelding van een beroep, van een andere naam, in een andere gemeente of van mobiele telefoonnummers (hierna: 'de extra vermeldingen'). De vragen van het CBB aan het Europese Hof van Justitie betreffen alleen de extra vermeldingen. Ten aanzien van de basisvermeldingen is de uitspraak van het CBB van 8 januari 2003 definitief en houdt deze in dat deze gegevens op grond van artikel 43 BOHT dienden te worden verstrekt.

Ten aanzien van de vragen die het CBB wel aan het Europese Hof van Justitie heeft voorgelegd, komt het Hof tot de volgende overwegingen en conclusies.

Ten aanzien van de vraag wat onder 'relevante informatie' als bedoeld in

1 Zie achtereenvolgens: de voorlopige beoordeling van de d-g NMa en OPTA d.d. 14 december 1998; besluit van OPTA 29 september 1999, beslissing op bezwaar van OPTA van 4 december 2000; Rechtbank Rotterdam 21 juni 2001, LJN AB2611; CBB 8 januari 2003, LJN AF2794.

2 President Rechtbank Almelo 5 december 1996, KG 17860/17875 KG ZA 96-241;

Hof Arnhem 15 april 1997 (Mediaforum 1997-5, B72 e.v.; Hof Arnhem 5 augustus 1997 (BIE 1999/119); Rechtbank Almelo 6 december 2000 (BIE 2002/36); Rechtbank Almelo 18 augustus 2004, LJN AQ7103.

3 Pres. Rechtbank Almelo d.d. 19 juni 2001, NJ 2001/542; Hof Arnhem 13 november 2001, NJ 2002/86.

Nr 8 KPN Telecom vs. Staat

Hoge Raad 3 december 2004
Nr. Co3/196HR

Arrest

in de zaak van:

KPN Telecom BV, gevestigd te 's-Gravenhage, eiseres tot cassatie, advocaat: mr. J.G. de Vries Robbé,

tegen

De Staat der Nederlanden, Ministerie van Verkeer en Waterstaat, gevestigd te 's-Gravenhage, verweerder in cassatie, advocaat: mr. G. Snijders.

1. Het geding in feitelijke instanties

Eiseres tot cassatie – verder te noemen: KPN – heeft bij exploitatie van 17 februari 1998 verweerder in cassatie – verder te noemen: de Staat – gedagvaard voor de rechtbank te 's-Gravenhage en – voor zover in cassatie nog van belang – meer subsidiair gevorderd voor recht te verklaren dat de kosten van de kabelverplaatsing op grond van de artikelen 32 en 37 van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen (Wtv) voor rekening komen van de Staat, voor zover deze geen eigenaar was van de grond waarin het te verplaatsen kabeltracé gelegen was, een en ander te bepalen naar het moment dat de Staat het verzoek tot kabelverplaatsing deed, althans op een door de rechtbank vast te stellen moment.

De Staat heeft de vordering bestreden.

De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 8 december 1999 de Staat tot bewijslevering toegelaten en bij eindvonnis van 29 november 2000 het meer subsidiair gevorderde toegewezen.

Tegen beide vonnissen heeft de Staat hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Gravenhage.

Bij arrest van 27 maart 2003 heeft het hof de vonnissen van de rechtbank vernietigd en, opnieuw rechtdoende, het meer subsidiair gevorderde afgewezen.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft KPN beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Staat heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal F.F. Langemeijer strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot bekrachtiging van het vonnis van de rechtbank.

De advocaat van de Staat heeft bij brief van 16 september 2004 op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1 Het gaat in dit geding om het volgende.

Ten behoeve van de reconstructie van Rijksweg 32 (Meppel-Leeuwarden) van autoweg naar autosnelweg zijn gedurende de periode mei 1995 - juni 1997 door de Staat (Rijkswaterstaat) werkzaamheden uitgevoerd. Hierbij zijn onder meer ongelijkvloerse kruisingen aangelegd met op- en afritten. Dit leidde tot de nodige aanpassingen van wegen die eigendom waren van en beheerd werden door de gemeenten Havelte en Steenwijk. Ook vonden werkzaamheden plaats op gronden van de provincie Overijssel en van derden. In verband met deze reconstructie was het noodzakelijk dat kabels voor de telecommunicatie-infrastructuur van KPN (toen PTT Telecom BV) werden verlegd. Bij brief van 21 februari 1995 heeft de Staat KPN verzocht tot verlegging over te gaan. KPN heeft aan dat verzoek voldaan, maar heeft het standpunt van de Staat dat de daaraan verbonden kosten voor rekening van KPN dienen te komen van de hand gewezen met een beroep op art. 37 lid 2 Wet op de telecommunicatievoorzieningen (hierna: Wtv).

3.2 In het onderhavige geding heeft KPN naast een primaire en een subsidiaire vordering die in cassatie geen rol meer spelen, meer subsidiair gevorderd te verklaren voor recht dat de Staat op grond van art. 32 en 37 Wtv de kosten van verlegging voor zijn rekening moet

artikel 6 lid 3 van de ONP-Spraakrichtlijn moet worden verstaan, zoekt het Hof naar een evenwicht tussen de belangen van enerzijds het verzekeren van de universele dienst en anderzijds de concurrentiebevordering tussen aanbieders van gidsdiensten. Daarbij acht het Hof de bescherming van persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer een beslissende factor bij de vaststelling van de gegevens die een telefoonexploitant (tevens gidsuitgever) verplicht is ter beschikking van een derde concurrent te stellen. Het Hof wijkt in zijn redenering overigens af van de advocaat-generaal in zijn conclusie van 14 juli 2004, die de vraag welke informatie als 'relevante informatie' moet worden beschouwd volledig belichtte vanuit het belang van de universele dienst.

Het Hof komt tot de conclusie dat de term 'relevante informatie' in artikel 6 lid 3 van de ONP-Spraakrichtlijn strikt moet worden uitgelegd en dat aanbieders van spraaktelefonie aan gidsuitgevers in beginsel uitsluitend naam en adres, postcode ingegrepen, van de abonnees, alsmede het (de) telefoonnummers(s) die hun door de betrokken organisatie zijn toegewezen moeten verschaffen. Tegelijkertijd stelt het Hof echter dat het de lidstaten vrij blijft staan om te bepalen dat andere gegevens ter beschikking dienen te worden gesteld, wanneer deze met het oog op de specifieke nationale omstandigheden noodzakelijk lijken voor de identificatie van de abonnees.

De vraag die nu door het CBB in de vervolprocedure op nationaal niveau moet worden beantwoord is of moet worden aangenomen dat de Nederlandse wetgever van deze ruimere bevoegdheid gebruik heeft gemaakt. De tekst van artikel 43 BOHT en de toelichting bij dit artikel bieden daarvoor geen aanknopingspunten. Wel is duidelijk dat het CBB heeft besloten dat op grond van artikel 43 BOHT ook (slechts) de aanduiding of een telefoonnummer (uitsluitend) als fax wordt vermeld als onderdeel van de basisvermeldingsgegevens dient te worden meegeleverd. Het is echter de vraag of het Europese Hof van Justitie dit gegeven überhaupt heeft willen uitsluiten. Het gaat immers om een specificatie van het geleverde telefoonnummer, welke specificatie nogal wezenlijk lijkt.

Wat betreft de tweede vraag neemt het Hof hetzelfde onderscheid tussen basisvermeldingsgegevens en extra gegevens tot uitgangspunt. De verkrijging van de basisvermeldingsgegevens is volgens het Hof onverbrekelijk verbonden met de telefoniedienst en de kosten daarvan zijn reeds begrepen in de kosten en inkomsten van de telefoniedienst. Om overcompensatie van die verkrijgingskosten te voorkomen mogen volgens het Hof voor de verstrekking van deze gegevens aan gidsuitgevers alleen de extra kosten in verband met de terbeschikkingstelling van die gegevens in rekening worden gebracht. Voor de extra vermeldingen geldt dat (uiteraard) niet. Die hoeven op grond van de sectorspecifieke regelgeving niet te worden verstrekt en geen enkele bepaling verzet zich ertegen dat ook de kosten van verkrijging van dergelijke gegevens aan derden in rekening worden gebracht. Interessant is dat het Hof daarbij vermeldt dat wel verzekerd dient te zijn dat die derden zonder discriminatie worden behandeld. Dat lijkt een overweging te zijn die is ingegeven door het mededingingsrecht (en die dus ook een machtspositie aan de zijde van de telefonieaanbieders voorzover zij over abonneegegevens beschikken veronderstelt), maar daar weidt het Hof verder niet over uit.

De vraag is wat de relevantie van de uitspraak van het Hof van Justitie is onder de nieuwe regelgeving, in het bijzonder artikel 25 lid 2 van de Universeledienstrichtlijn en artikel 3.1 BUDE. Artikel 3.1 BUDE bepaalt: 'Een aanbieder die telefoonnummers in gebruik geeft, voldoet aan alle redelijke verzoeken om, ten behoeve van het verstrekken van algemeen beschikbare telefoongidsen en algemeen beschikbare abonnee-informatiediensten, de relevante informatie in een overeengekomen formaat beschikbaar te stellen op billijke, objectieve, kostengeoriënteerde en niet-discriminerende voorwaarden'. In die definitie keren dus zowel het begrip 'relevante informatie' als het vereiste van kostengeoriënteerde tarieven terug. Ook artikel 25 lid 2 van de Universele Dienstenrichtlijn is wat betreft deze onderdelen een voortzetting van het oude artikel 6 lid 3 van de ONP-Spraakrichtlijn. Daarmee lijkt de onderhavige uitspraak van het Hof van Justitie ook voor de uitleg van deze begrippen in het nieuwe recht zonder meer relevant.

Het voorgaande neemt overigens niet weg dat het nieuwe recht wat betreft de verstrekking van abonneegegevens aan gidsuitgevers op andere onderdelen wel belangrijke wijzigingen inhoudt. Het gaat daarbij met name om de kring van gerechtigden, die niet langer beperkt is tot aanbieders van universele gidsen en universele abonnee-informatiediensten, en de overgang van een opt-out systeem voor abonnees naar een opt-in systeem. Nadere bespreking van deze wijzigingen gaat het bestek van deze annotatie echter te buiten.

nemen, voor zover hij geen eigenaar was van de gronden waarin (een deel van) het kabeltracé is verlegd. Met betrekking tot deze vordering heeft KPN aangevoerd dat uit deze artikelen volgt dat, voor zover de te verplaatsen kabels liggen in gronden die geen eigendom zijn van de Staat, de kosten voor het verplaatsen voor diens rekening komen, omdat de Staat in dat geval niet kan worden aangemerkt als gedoogplichtige als bedoeld in art. 37 Wtv. De rechtbank heeft deze vordering met enige beperking van de verlangde verklaring voor recht toegewezen, waartoe zij, voor zover thans van belang en samengevat weergegeven, het volgende heeft overwogen. Art. 37 lid 1 Wtv moet aldus worden begrepen dat de concessiehouder alleen verplicht is de verplaatsingskosten te dragen voor zover de kabel is gelegen in de grond van de gedoogplichtige die de werken uitvoert of laat uitvoeren. Hiervan is geen sprake als er werkzaamheden worden verricht zonder dat de gedoogplichtige daartoe opdracht geeft. Het hof heeft de tegen de beslissingen van de rechtbank gerichte grieven gegrond bevonden en de meer subsidiaire vordering van KPN alsnog afgewezen.

3.3 Het hof heeft blijkens rov. 5.2 van zijn arrest art. 37 Wtv kennelijk aldus uitgelegd dat de leden 1 en 2 van deze bepaling beide betrekking hebben op het geval dat de (gedoogplichtige) grondeigenaar de concessiehouder verzoekt tot verplaatsing over te gaan van kabels die in zijn eigen grond zijn gelegen, en dat het onderscheid tussen deze leden enkel hierin bestaat dat lid 1 ziet op het geval dat de verplaatsing nodig is voor de oprichting van gebouwen of de uitvoering van werken en lid 2 op het geval dat de verplaatsing om andere redenen moet plaatsvinden. Hierop voortbouwend heeft het hof in rov. 5.3 geoordeeld dat art. 37 Wtv geen regeling geeft voor het geval een grondeigenaar (tevens) verzoekt over te gaan tot verplaatsing van kabels in grond van derden en dat het in een dergelijk geval voor de beantwoording van de vraag of de concessiehouder aanspraak kan maken op vergoeding van de kosten van verplaatsing aankomt op hetgeen deze met de grondeigenaar is overeengekomen. Nu in het onderhavige geval is overeengekomen dat KPN haar kosten vergoed krijgt indien de door Rijkswaterstaat verzochte verplaatsing niet onder art. 37 lid 1 Wtv valt, heeft het hof de vraag onderzocht of de verrichte werkzaamheden, voor zover deze hebben plaatsgevonden op gronden van derden, moeten worden aangemerkt als de uitvoering van werken door of vanwege degene op wie een gedoogplicht rust. Het hof heeft deze vraag bevestigend beantwoord op de grond dat moet worden aangenomen dat deze derden, op wie een gedoogplicht rust, hebben ingestemd met de werkzaamheden die door of in opdracht van Rijkswaterstaat op hun grond hebben plaatsgevonden, hetgeen betekent dat die werken 'vanwege' deze grondeigenaren zijn verricht.

3.4.1 Naar uit de wetsgeschiedenis van art. 37 Wtv en die van het voordien geldende art. 8 Telegraaf- en Telefoonwet 1903 (*Staatsblad* 1904, no. 7) volgt, ligt aan deze bepalingen de gedachte ten grondslag dat weliswaar een grondeigenaar verplicht is de aanleg en instandhouding van kabels voor telecommunicatie te gedogen zonder dat tegenover deze verplichting een vergoeding staat, maar dat deze verplichting niet verder gaat dan noodzakelijk is. Hieruit moet worden afgeleid dat een grondeigenaar die op zijn grond een gebouw wil oprichten of werken wil uitvoeren niet als gevolg van de omstandigheid dat een of meer kabels in zijn grond zijn gelegd, ook nog behoort te worden geconfronteerd met kosten voor de verplaatsing van die kabels, die in verband met de oprichting van het gebouw of de uitvoering van werken noodzakelijk is gebleken, en dat het in deze verhouding redelijk is dat die kosten voor rekening van de houder van de concessie komen. Daartoe houdt art. 37 lid 1 Wtv in dat in dat geval de houder van de concessie verplicht is de verplaatsing van de kabels op eigen kosten uit te voeren.

3.4.2 De gedachte die aan art. 37 Wtv ten grondslag ligt, brengt ook mee dat indien een ander dan de eigenaar in wiens grond kabels zijn gelegd, met het oog op de oprichting van een gebouw of de uitvoering van werken verplaatsing van die kabels wenst, de kosten van die verplaatsing in ieder geval niet voor rekening van de gedoogplichtige eigenaar van de grond behoren te komen. De vraag of die kosten dan behoren te worden gedragen door de houder van de concessie dan wel door de ander die een gebouw wil oprichten of werken wil uitvoeren, behoort in laatstgemelde zin te worden beantwoord. Dit ligt al aanstonds voor de hand ingeval deze ander niet ook zelf een gedoogplichtige eigenaar is, maar hetzelfde behoort te gelden indien op hem (elders) wel een gedoogplicht rust, omdat die gedoogplicht dan niet bestaat ten aanzien van de kabels waarvan de verlegging nodig is in verband met de door hem beoogde oprichting van een gebouw of uitvoering van werken, en hij derhalve niet bij wijze van 'tegenprestatie' voor de gedoogplicht aanspraak kan maken op kosteloze verplaatsing van de kabels.

Art. 37 lid 2 Wtv brengt dit tot uitdrukking door te bepalen dat in andere gevallen dan in het eerste lid bedoeld de houder van de concessie, kort gezegd, jegens de verzoeker aanspraak kan maken op de kosten van verplaatsing van de kabels. Deze bepaling ziet immers, anders dan het hof heeft geoordeeld, niet alleen op het geval dat de verplaatsing van de kabels nodig is voor een ander doel dan de oprichting van een gebouw of de uitvoering van een werk maar, overeenkomstig hetgeen hiervoor is overwogen, ook op het geval dat de verplaatsing nodig is voor de verwezenlijking van enig doel door of vanwege een ander dan degene op wie ten aanzien van de te verplaatsen kabels een gedoogplicht rust.

3.5 Voor het onderhavige geval brengt dit een en ander mee dat de Staat ingevolge art. 37 lid 2 Wtv in beginsel, behoudens indien tussen de Staat en KPN anders zou zijn overeengekomen, de kosten dient te dragen van de verplaatsing van (gedeelten van) kabels ten aanzien waarvan op hem geen gedoogplicht ingevolge de Wet op de telecommunicatievoorzieningen rust, dat wil zeggen de (gedeelten van) kabels die zijn gelegd in gronden van andere eigenaren dan de Staat. In het onderhavige geval is, in cassatie niet bestreden, tussen de Staat en KPN overeengekomen dat de kosten voor rekening van de Staat komen indien de verplaatsing van de leidingen niet onder art. 37 lid 1 Wtv valt. 's Hof's oordeel dat deze bepaling wél op die verplaatsing van toepassing is, kan evenwel niet in stand blijven. De enkele omstandigheid dat, naar moet worden aangenomen, de andere eigenaren dan de Staat – de provincie Overijssel, de gemeenten Havelte en Steenwijk en andere derden – hebben ingestemd met de werkzaamheden die door of in opdracht van Rijkswaterstaat op hun gronden hebben plaatsgevonden, brengt niet mee dat de werkzaamheden in de zin van art. 37 lid 1 Wtv 'vanwege' deze grondeigenaren hebben plaatsgevonden.

3.6 Hetgeen hiervoor is overwogen, brengt mee dat de onderdelen 1, 2 en 3 gegrond zijn en dat onderdeel 4 geen behandeling behoeft. De Hoge Raad kan met vernietiging van het bestreden arrest zelf de zaak afdoen door de vonnissen van de rechtbank te bekrachtigen.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

– vernietigt het arrest van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 27 maart 2003;
bekrachtigt de vonnissen van de rechtbank te 's-Gravenhage van 8 december 1999 en 29 november 2000;
– veroordeelt de Staat in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van KPN begroot op € 986,55 in totaal, alsmede in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van KPN begroot op € 394,38 aan verschotten en € 1.590,- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president P. Neleman als voorzitter en de raadsheeren D.H. Beukenhorst, P.C. Kop, E.J. Numann en F.B. Bakels, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer F.B. Bakels op 3 december 2004.

Conclusie

Zitting 3 september 2004

Conclusie inzake:

KPN Telecom BV

tegen

de Staat der Nederlanden

In deze zaak gaat het om de vraag wie van beiden de kosten moet dragen van het verleggen van telecommunicatiekabels in grond die niet aan de Staat toebehoort: KPN als de concessiehouder of Rijkswaterstaat als de uitvoerder van het werk waarvoor het verleggen van de kabels nodig is?

1. De feiten en het procesverloop

1.1. Tussen mei 1995 en juni 1997 heeft de Staat (Rijkswaterstaat) rijksweg 32 (Meppel - Leeuwarden) omgebouwd van autoweg tot autosnelweg, waarbij de gelijkvloerse kruising ter plaatse van Havelterberg is vervangen door een ongelijkvloerse kruising met op- en afritten. Gelijktijdig zijn de onder gemeentelijk beheer staande toevoerwegen en omliggende wegen aangepast.

1.2. Door het gebied lopen kabels voor de telecommunicatie-infrastructuur van KPN (toen nog: PTT Telecom BV). Deze moesten in verband met de reconstructie van de rijksweg worden verlegd. Bij brief van 21 februari 1995 heeft de Staat zich op het standpunt gesteld dat de kosten van de verlegging op grond van art. 37 lid 1 Wet op de telecommunicatievoorzieningen (Wtv) voor rekening van KPN komen. KPN heeft dit betwist en gesteld dat de kosten van de verlegging voor rekening van de Staat zijn.

1.3. Bij inleidende dagvaarding d.d. 17 februari 1998 heeft KPN het geschil aan de rechtbank te 's-Gravenhage voorgelegd. KPN heeft een verklaring voor recht gevorderd in een primaire, een subsidiaire en een meer subsidiaire variant. In het stadium van cassatie is uitsluitend nog de meer subsidiaire variant aan de orde.¹ KPN vordert meer subsidiair een verklaring voor recht, inhoudende dat de kosten van de kabelverplaatsing op grond van de artikelen 32 en 37 Wtv voor rekening van de Staat komen voor zover de Staat niet zelf de eigenaar is van de grond waarin het te verplaatsen kabeltracé is gelegen, zulks gerekend naar het moment waarop de Staat het verzoek tot kabelverplaatsing heeft gedaan althans naar een door de rechtbank vast te stellen peildatum.

1.4. De Staat heeft als verweer aangevoerd dat op grond van art. 37 lid 1 Wtv de kosten van het verleggen van de kabels voor rekening van KPN zijn. De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 8 december 1999 aan de Staat bewijs opgedragen met betrekking tot de eigendom van de desbetreffende percelen. Bij eindvonnis van 29 november 2000 heeft de rechtbank de vordering toegewezen en voor recht verklaard dat de kosten van de kabelverplaatsing op grond van art. 37 Wtv voor rekening van de Staat komen voor zover de Staat, gerekend naar het moment waarop de kabelverplaatsing plaatsvond, geen eigenaar was van (of anderszins gedoogplichtig was met betrekking tot) de grond waarin het te verplaatsen kabeltracé gelegen was.

1.5. De Staat heeft hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Gravenhage. Bij arrest van 27 maart 2003 heeft het hof de vonnissen van de rechtbank vernietigd en de meer subsidiaire vordering van KPN afgewezen. Het hof overwoog dat voor zover de reconstructiewerkzaamheden hebben plaatsgevonden op of in de grond van derden (d.w.z. anderen dan de Staat) deze moeten worden aangemerkt als de uitvoering van werken door of vanwege degene op wie een gedoogplicht rust. Volgens het hof moet worden aangenomen dat de derden-eigenaren hebben ingestemd met de werkzaamheden die door of in opdracht van Rijkswaterstaat op hun grond hebben plaatsgevonden (rov. 5.3).

1.6. KPN heeft tijdig cassatieberoep ingesteld. De Staat heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk laten toelichten, waarna KPN heeft gerepliceerd.

2. Inleidende beschouwingen

2.1. Het aanleggen en verplaatsen van telefoonkabels was van 1904 tot 1989 geregeld in de Telegraaf- en Telefoonwet 1904 (TTw 1904).² Mede naar aanleiding van de verzelfstandiging van het voormalige Staatsbedrijf der P.T.T. is deze wet vervangen door de Wet op de telecommunicatievoorzieningen (Wtv).³ De openstelling van de markt voor telecommunicatievoorzieningen als gevolg van Europeesrechtelijke regelgeving heeft in 1996 geleid tot een ingrijpende aanpassing van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen en in 1998 tot de totstandkoming van de Telecommunicatiewet, die tot op heden nog geldt.⁴

2.2. Vanaf 1904 bevatten alle genoemde wetten een verplichting van grondeigenaren en -gebruikers tot het dulden van het leggen en het liggen in de grond van bepaalde soorten kabels van het telefoonbedrijf (later: telecombedrijf). Doorgaans wordt in dit verband gesproken van de 'graafrechten' van het telecombedrijf. In het onderhavige geschil gaat het om de gedoogplicht zoals neergelegd in art. 32 Wtv (oud):⁵

1. Een ieder is, behoudens het bepaalde in art. 33 en onverminderd recht op schadevergoeding, verplicht de aanleg en de instandhouding van kabels ten dienste van de geconcessioneerde telecommunicatie-infrastructuur in en op openbare gronden, benevens de opruiming daarvan, te gedogen.
2. Deze verplichting strekt zich wat betreft interlokale en internationale kabels tevens uit tot alle andere gronden, uitgezonderd afgesloten tuinen en erven die met bewoonde percelen één geheel vormen.
3. Door de aanleg, de instandhouding en de opruiming van kabels wordt geen verandering in de bestemming en zo min mogelijk belemmering in het gebruik van de gronden gebracht.

2.3. Een gedoogplicht geldt voor onbepaalde tijd. Nadat de kabels in de grond zijn gelegd, kan de gedoogplichtige echter verlangen dat het telecombedrijf de kabels verlegt. Hierover bepaalde art. 8 TTw 1904:

- De Minister beveelt op verzoek van de belanghebbende ten behoeve van de oprichting van gebouwen of de uitvoering van werken de noodige verplaatsing van telegraaf- en telefoonlijnen, des vereischt onder door hem voor elk bijzonder geval te bepalen waarborgen voor het tot stand komen der gebouwen en werken.*
In alle andere gevallen kan de Minister op verzoek van belanghebbenden de verplaatsing van telegraaf- en telefoonlijnen bevelen onder door hem te bepalen voorwaarden.⁶

In de parlementaire geschiedenis is deze bepaling als volgt toegelicht:

- Het recht om op zijne gronden te bouwen of om daarop reeds opgerichte gebouwen te vergroten of te verhoogen, mag niet verkort worden, ook niet door de bij art. 7 opgelegde verplichting.*
De eigendomsbeperking zóó ver uit te strekken zoude voor den aanleg weinig nut opleveren en bijna nimmer noodzakelijk zijn. Bovendien moeten de publiekrechtelijke lichamen, die in het stelsel van het ontwerp een groot deel van den last van het openbaar verkeersmiddel zullen hebben te dragen, niet meer dan voor dat doel noodzakelijk is, in de uitoefening en behartiging van de andere hun opgedragen functien belemmerd worden. Waarborgen tegen ongegronde verzoeken moeten echter kunnen worden geëischt.⁷

Naar aanleiding van de vraag vanuit de Tweede Kamer of dit recht op verplaatsing niet te ver gaat en gelegenheid geeft tot 'plagerijen', en naar aanleiding van de vraag waarom een verplaatsing gevorderd kan worden nadat voor de aanleg van de kabels een schadevergoeding is gegeven, antwoordde de minister:

- Daar bij den aanleg voor verreweg het grootste deel gebruik wordt gemaakt van de openbare wegen, en het belang van den aanlegger medebrengt zoo min mogelijk daarbuiten te komen, kan de ondergeteekende de bezorgdheid voor plagerijen niet delen. Op grond van deze bezorgdheid het recht om te bouwen te verkorten, gaat dan ook naar zijne meening te ver.*
Het recht op bouwen blijft onverkort bestaan, ook al is ter zake van den aanleg schadevergoeding gegeven; de vergoeding omvat toch slechts de werkelijke schade, waartoe niet behoort het ontnemen van het recht om te bouwen.
Het artikel perkt het gedoogen in, maar maakt het recht op bouwen niet in eenig opzicht afhankelijk van het recht op schadevergoeding [...].⁸

2.4. Toen de Wet op de telecommunicatievoorzieningen tot stand werd gebracht is de regeling van de gedoogplicht overgenomen uit de TTw 1904. Omdat de Wtv betrekking had op een geprivatiseerde concessiehouder (zie art. 3 Wtv), achtte de minister zichzelf niet langer aangewezen om te beslissen over een verplaatsing van kabels. Daarom is het ministeriële bevel van art. 8 TTw 1904 niet overgenomen in de Wtv. In art. 37 Wtv is bepaald hoe de kosten van het verplaatsen van kabels moeten worden verdeeld:

- 1. De houder van de concessie is verplicht op eigen kosten tot verplaatsing van kabels ten dienste van de geconcessioneerde telecommunicatie-infrastructuur over te gaan, indien deze verplaatsing nodig is voor de oprichting van gebouwen of de uitvoering van werken door of vanwege degene op wie een gedoogplicht rust.*

1 De primaire variant was gebaseerd op een circulaire uit 1926, waaraan KNP aanspraak op vergoeding van alle kosten van de verplaatsing meende te kunnen ontlenen. De subsidiaire variant behelsde een beroep op het gelijkheidsbeginsel. De rechtbank heeft de primaire en subsidiaire vordering afgewezen, tegen welke beslissing KPN in hoger beroep niet is opgekomen.

2 Wet van 11 januari 1904, *Stb.* 7 (S&J 67 oud).

3 Wet van 26 oktober 1988, *Stb.* 520, in werking getreden op 1 januari 1989.

4 Wet van 19 oktober 1998, *Stb.* 610, in werking getreden op 15 december 1998.

5 Weergave van de tekst zoals deze luidt sedert de wijziging bij wet van 28 maart 1996, *Stb.* 320.

6 Het tweede lid bevat, anders dan het eerste lid, een discretionaire bevoegdheid. De discretionaire bevoegdheid van de minister sloot een gang naar de burgerlijke rechter uit: HR 7 december 1928, NJ 1929 blz. 788.

7 MvT, *Kamerstukken II* 1902/03, 57, nr. 3, blz. 8.

8 MvA, *Kamerstukken II* 1902/03, 57, nr. 5, blz. 11-12.

2. In andere gevallen dan in het eerste lid bedoeld gaat de houder van de concessie slechts tot de daar bedoelde verplaatsing over indien de verzoeker hem de kosten daarvan vergoedt.
3. Bij gebreke van overeenstemming over de kosten bedoeld in het tweede lid is het bepaalde in artikel 33, tweede en derde lid, van overeenkomstige toepassing.⁹

2.5. Art. 37 Wtv is tijdens dit geding vervangen door art. 5.7. van de Telecommunicatiewet (Tw). Afgaand op de toelichting, is geen inhoudelijke wijziging van de gedoogplicht beoogd.¹⁰ Wel werd naar aanleiding van de stelling van de PvdA-fractie dat de kosten van het verleggen van telecommunicatiekabels niet voor rekening van de overheid behoren te komen, het volgende opgemerkt:

Het wetsvoorstel verplicht de beheerders van openbare grond om telecommunicatiekabels op openbare grond te gedogen. Hierover mag geen precariobelasting worden geheven. Deze vrijstelling van het heffen van precariobelasting voor graafgerechtigden kent echter wel haar beperkingen. Artikel 5.7 van het wetsvoorstel bepaalt dat een graafgerechtigde verplicht is op eigen kosten over te gaan tot verplaatsing van kabels, indien deze verplaatsing nodig is voor de oprichting van gebouwen of de uitvoering van werken door of vanwege de gedoogplichtige, in het merendeel van de gevallen een gemeente. Kort samengevat komt dit neer op het adagium 'liggen om niet, verleggen om niet'.¹¹

2.6. De liberalisering van de markt voor telecommunicatievoorzieningen heeft ertoe geleid dat het aantal aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken flink is toegenomen. De gedoogplicht drukt daardoor relatief zwaarder op grondeigenaren en grondgebruikers: in beginsel geldt de gedoogplicht jegens iedere aanbieder van een openbaar telecommunicatienetwerk. Nieuw in de Telecommunicatiewet is dat bij een conflict over het verleggen van kabels een beslissing kan worden verzocht aan de Onafhankelijke Post- en Telecommunicatieautoriteit (OPTA).

2.7. De huidige regeling bevat, voor zover thans van belang, de volgende elementen. Art. 5.1 Tw regelt de gedoogplicht als volgt:

1. Eenieder is, behoudens art. 5.2 en onverminderd het in dit hoofdstuk geregelde recht op schadevergoeding, verplicht de aanleg en instandhouding van kabels ten dienste van een openbaar telecommunicatienetwerk of van een omroepnetwerk in en op openbare gronden, alsmede de opruiming daarvan, te gedogen.
2. De in het eerste lid bedoelde verplichting strekt zich, behoudens artikel 5.3 en onverminderd het in dit hoofdstuk geregelde recht op schadevergoeding, wat betreft interlokale en internationale kabels tevens uit tot alle gronden, uitgezonderd afgesloten tuinen en erven die met bewoonde percelen één geheel vormen.
3. Door de aanleg, de instandhouding en de opruiming van kabels wordt geen verandering in de bestemming en zo min mogelijk belemmering in het gebruik van de gronden gebracht.

2.8. Art. 5.3 Tw bepaalt, kort gezegd, dat wanneer een aanbieder van een openbaar telecommunicatienetwerk van plan is graafwerkzaamheden uit te voeren in verband met de aanleg of instandhouding van kabels, hij dient te streven naar overeenstemming met de gedoogplichtige over de plaats en de wijze van uitvoering van de werkzaamheden. Bij gebreke van overeenstemming stuurt het telecombedrijf aan de gedoogplichtige een kennisgeving met de voorgenomen plaats en de wijze van uitvoering van de werkzaamheden. Wanneer de gedoogplichtige daartegen bezwaar heeft kan hij de OPTA verzoeken een beschikking te geven. De beslissing van de OPTA is een beschikking in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Dit betekent dat een bezwaarschrift bij de OPTA kan worden ingediend, waarna beroep

kan worden ingesteld bij de rechtbank te Rotterdam (art. 17.1 Tw). Tegen de beslissing van de rechtbank is hoger beroep mogelijk bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

2.9. Art. 5.7 Tw is de opvolger van art. 37 Wtv. Het artikel luidt:

1. De aanbieder van een openbaar telecommunicatienetwerk of van een omroepnetwerk is verplicht op eigen kosten tot verplaatsing van kabels ten dienste van het netwerk over te gaan, indien de verplaatsing nodig is voor de oprichting van gebouwen of de uitvoering van werken door of vanwege degene op wie de gedoogplicht rust.
2. In andere gevallen dan bedoeld in het eerste lid, gaat de aanbieder, bedoeld in het eerste lid, slechts over tot verplaatsing indien de verzoeker hem de kosten daarvan vergoedt.
3. Bij gebreke van overeenstemming over de kosten bedoeld in het eerste of tweede lid, is artikel 5.3, tweede en derde lid, van overeenkomstige toepassing.¹²

2.10. De gevolgen van de toepasselijkverklaring van het tweede en derde lid van art. 33 Wtv in art. 37 lid 3 Wtv (zie alinea 2.4) zijn niet erg helder te noemen. Art. 33 Wtv gaat immers uit van de situatie waarin het initiatief tot de werkzaamheden bij het telecombedrijf ligt, terwijl in de door art. 37 Wtv bestreken gevallen het initiatief ligt bij degene die werkzaamheden wil uitvoeren waarvoor nodig is een in de grond aanwezige telecommunicatiekabel te verplaatsen. Om dezelfde reden is ook de toepasselijkverklaring van het tweede en derde lid van art. 5.3 in art. 5.7 Tw niet helder. Wanneer het initiatief tot de werkzaamheden bij een ander ligt dan het telecombedrijf dat de kabels heeft gelegd: wie moet dan de voorgeschreven kennisgeving uitbrengen? De OPTA is van oordeel dat wanneer geen overeenstemming over de kosten van het verleggen van de kabel kan worden bereikt, zowel het telecombedrijf als de gedoogplichtige een beschikking van de OPTA kunnen uitlokken. Terzijde kan worden opgemerkt dat ook de competentieverdeling onduidelijk is. Over het recht op schadevergoeding bedoeld in art. 5.1 Tw oordeelt de kantonrechter, ongeacht het gevorderde bedrag: zie art. 5.9 Tw. De tekst van art. 37 lid 3 Wtv resp. art. 5.7 Tw lijkt te veronderstellen dat de minister resp. de OPTA en in beroep de bestuursrechter beslissen wanneer partijen het niet eens kunnen worden over de kosten van de verplaatsing.¹³

2.11. De OPTA heeft diverse beschikkingen gegeven op grond van art. 5.7 Tw en heeft haar beleid dienaangaande vastgelegd in beleidsregels.¹⁴ Voor de onderhavige zaak is nuttig te weten dat de OPTA de verplichting van telecombedrijven tot het op eigen kosten verplaatsen van gelegde kabels (art. 5.7 lid 1 Tw) beperkt uitlegt. Van deze beleidsregels zijn de volgende vermeldenswaard:

50. Het college oordeelt in een geschil of de beoogde gedoogplichtige terecht aanspraak maakt op de verplaatsingsregeling. Hij moet voldoen aan de volgende randvoorwaarden:
- i. hij moet de gedoogplichtige zijn,
 - ii. door of vanwege hem
 - iii. worden gebouwen opgericht of werkzaamheden uitgevoerd en
 - iv. de verplaatsing moet nodig zijn.

[...]

51. De gedoogplichtige toont zijn status aan door gegevens betreffende zijn eigendom of gebruikersrecht te overleggen. Dit gebeurt bij voorkeur door kadastrale gegevens of een contract. De datum waarop het begrip gedoogplichtige wordt getoetst, is de periode waarin de gedoogplichtige in de schriftelijke kennisgeving heeft aangegeven dat de kabels verplaatst dienen te worden.

52. Het begrip 'door of vanwege' ziet op het feit dat de (bouw)werkzaamheden door of in opdracht van de gedoogplichtige worden uitgevoerd. Dit kan bijvoorbeeld worden aangetoond door het overleggen van contracten,

9 Tekst zoals deze luidt sedert de wijziging bij wet van 28 maart 1996, *Stb.* 320. Art. 33, tweede en derde lid, bepaalde dat wanneer geen overeenstemming is bereikt, de concessiehouder aan de gedoogplichtige schriftelijk een kennisgeving doet met een omschrijving van de voorgenomen plaats en wijze van uitvoering van het werk. Wanneer de gedoogplichtige daartegen bezwaar heeft, kan hij de minister van Verkeer en Waterstaat verzoeken een beschikking te geven. Een dergelijk verzoek schorst de uitvoering van het werk.

10 MvT, *Kamerstukken II* 1996/97, 25 533, nr. 3, blz. 95.

11 MvA, *Kamerstukken II* 1997/98, 25 533, nr. 309b, blz. 32.

12 Voor een introductie: N. Sitompoel, *Graafrechten: de regeling kan de tand des tijds niet doorstaan*, *Computerrecht* 2002, blz. 209-216; N. Sitompoel, 'De graafrechtenregeling moet op de schop', *Computerrecht* 2003, blz. 37-44; J.R. van Angeren en F.P. Sickinghe, 'Op weg naar een betere verbinding tussen gemeenten en telecomoperators', *BR* 2003, blz. 858-865; S. de Leeuw, *Graafrechten voor telecommunicatievoorzieningen*, *ITeR-rapport* nr. 4 (1996), blz. 65-181.

13 De OPTA acht zichzelf exclusief bevoegd: zie de beschikking van het college d.d. 9 mei 2001 nr. 2001/200692 inz. *KPN Telecom BV/gemeente Lelystad*, punt 38; deze beschikking is na bezwaarschrift van KPN gehandhaafd. Zie ook OPTA-beleidsregels onder 6. De memorie van antwoord spreekt van een 'min of meer bemiddelende rol' voor de OPTA: *Kamerstukken II* 1997/98, 25 533, nr. 5, blz. 76. De burgerlijke rechter houdt toch een taak: zie *Rb. Rotterdam* 30 november 1995, *AB* 1996, 383 m.nt. GC; *Pres. Rb. Maastricht* 21 maart 2001, *AB* 2001, 254 m.nt. GC. Zie hierover: S. de Leeuw, *Graafrechten voor telecommunicatievoorzieningen*, *ITeR-rapport* nr. 4 (1996), blz. 100-101 en 173-174; S.D.M. de Leeuw en Th.G. Drupsteen, 'Gedoogplichten voor telecommunicatievoorzieningen en energiedistributie', *BR* 1997 blz. 549-555, i.h.b. blz. 551. In het in noot 15 te noemen voorontwerp wordt de beslechting van geschillen tussen het telecombedrijf en de gedoogplichtige opgedragen aan de kantonrechter.

14 Beleidsregels inzake de gedoogplicht voor de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels, d.d. 23 juli 2003, OPTA/IBT/2003/202555 (alle aangehaalde

opdrachtbonnen, (bouw)vergunning, et cetera.

[...]

54. Verplaatsing van kabels is nodig indien de gedoogplichtige geen gebouwen kan oprichten of geen werken kan uitvoeren, zonder het risico de kabels te beschadigen.

2.12. Inmiddels wordt gewerkt aan een herziening van hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet. Hierop vooruitlopend heeft de minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer laten weten dat het in zijn voornemen ligt het huidige stelsel te handhaven, met een gedoogplicht en, voor bepaalde gevallen, een aanspraak op verlegging van kabels volgens het beginsel 'liggen om niet, verleggen om niet'.¹⁵

2.13. Het beginsel 'liggen om niet, verleggen om niet' is ook aanvaard in ons omringende landen. Ten aanzien van België kan worden gewezen op hoofdstuk IX van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, *B.Stb.* 27 maart 1991, nadien gewijzigd. De artikelen 97 e.v. van deze wet regelen het graafrecht van telecombedrijven. Art. 99, par. 3, bepaalt dat de eigenaar of rechthebbende op wie de gedoogplicht rust het recht behoudt om alle werken aan het privé-eigendom uit te voeren, zij het onder voorbehoud geen maatregelen te nemen die alleen een wijziging of verplaatsing van de kabels tot doel zouden hebben. De eigenaar of rechthebbende stelt het telecombedrijf in kennis van de voorgenomen werkzaamheden. De kosten wegens wijziging of verplaatsing van de kabels zijn ten laste van het telecombedrijf. Indien de eigenaar het werk niet binnen één jaar na de verwittiging heeft aangevraagd kan het telecombedrijf de kosten van de (nodeloze) verplaatsing van de kabels alsnog op hem verhalen.¹⁶ Ten aanzien van Duitsland kan worden gewezen op Par. 53 Abschnitt 1 en 3 van het Telekommunikationsgesetz. Hierin is, kort gezegd, bepaald dat indien en voor zover de telecommunicatiekabel door zijn ligging de noodzakelijke onderhoudswerkzaamheden aan de weg belemmert of in de weg staat aan een door de gedoogplichtige beoogde verandering van de weg, de kabel wordt verlegd voor rekening van het telecombedrijf.¹⁷

3. Bespreking van het cassatiemiddel

3.1. Tussen partijen is niet in discussie dat KPN, op grond van art. 37 lid 1 Wtv, de kosten moet dragen van het verplaatsen van die KPN-kabels welke liggen in grond waarvan de Staat de eigenaar/gedoogplichtige is. Het geschil in cassatie heeft slechts betrekking op de kosten van het verleggen van KPN-kabels die zijn gelegen in grond waarvan een ander dan de Staat de eigenaar/gedoogplichtige is.

3.2. Het cassatiemiddel van KPN valt uiteen in vier onderdelen. Onderdeel 1 klaagt dat het hof in rov. 5.2-5.3 uitgaat van een onjuiste opvatting van art. 37 Wtv en de verhouding tussen het eerste en het tweede lid van dat artikel miskent. In het bijzonder klaagt KPN dat het hof in rov. 5.3 ten onrechte heeft overwogen dat art. 37 Wtv geen regeling geeft voor het geval dat een grondeigenaar (tevens) verzoekt over te gaan tot het verplaatsen van kabels in grond van derden. In de opvatting van KPN is in een dergelijk geval art. 37 lid 2 Wtv immers van toepassing. Dit laatste brengt mee dat van KPN weliswaar kan worden verlangd dat zij medewerking verleent aan het verleggen van de kabels, maar dan wel voor rekening van degene die om de verplaatsing van de kabels heeft verzocht.

3.3. Voor het antwoord op de vraag of het eerste dan wel het tweede lid van art. 37 Wtv toepassing is, is bepalend voor welk doel de verplaatsing nodig is. Indien de verplaatsing nodig is voor de oprichting van gebouwen of de uitvoering van werken door of vanwege de rechthebbende, is het eerste lid van toepassing. In alle andere gevallen is het tweede lid van toepassing. De uitdrukking 'door of vanwege de rechthebbende' moet m.i. worden gelezen als: door of in opdracht van de rechthebbende.¹⁸

3.4. De regeling van de artikelen 32 en 37 Wtv berust op een afweging van belangen. Ter wille van een algemeen belang – te weten: het

instandhouden van een openbaar telecommunicatienetwerk – wordt van een individuele grondeigenaar een offer gevraagd, namelijk het gedogen van de aanleg en de instandhouding van een of meer telecommunicatiekabels in zijn grond. Voor het gedogen is het telecombedrijf aan de eigenaar/gedoogplichtige geen enkele vergoeding verschuldigd: de kabel 'ligt om niet'. De eigenaar kan hoogstens een vergoeding krijgen voor schade die hij lijdt ten gevolge van de aanleg, zoals de kosten van herstel van de opgebroken bestrating e.d.

3.5. Een eigenaar/gedoogplichtige die na het leggen van de kabel in zijn grond een gebouw wil oprichten of werken wil uitvoeren, zou (niet alleen geen vergoeding ontvangen voor het gedogen, maar zelfs) geld erop moeten toelleggen, wanneer hij zelf de kosten zou moeten dragen van het verplaatsen van de in zijn grond neergelegde telecommunicatiekabel. Het eerste lid van art. 37 Wtv strekt ertoe, te voorkomen dat de eigenaar/gedoogplichtige geld erop moet toelleggen. In zo'n geval worden de kosten van de verplaatsing van de kabel ten laste van het telecombedrijf gebracht. Dit evenwicht wordt aangeduid in de zeggwijze 'liggen om niet: verleggen om niet'. Of de desbetreffende werken worden uitgevoerd 'door' dan wel 'vanwege' de eigenaar/gedoogplichtige, maakt geen verschil.

3.6. Is het een derde die verlangt dat de kabel wordt verlegd, dan is er geen sprake meer van een band tussen de gedoogplicht en de kosten van het verplaatsen. In dat geval is er geen enkele reden om de kosten van de verplaatsing voor rekening te brengen van een ander dan degene die om de verplaatsing heeft verzocht. Dit laat zich illustreren aan de hand van een voorbeeld. Wanneer een ander telecombedrijf of bijvoorbeeld een waterleidingbedrijf ter plaatse graafwerkzaamheden zou willen uitvoeren waarvoor een tijdelijke of definitieve verplaatsing van de telecommunicatiekabel noodzakelijk is, komen de kosten van de verplaatsing ten laste van degene die om de verplaatsing heeft verzocht. KPN heeft dus gelijk in haar opvatting dat het beginsel 'liggen om niet: verleggen om niet' uitsluitend geldt in de verhouding van het telecombedrijf tot de gedoogplichtige.

3.7. KPN leidt hieruit af dat wanneer een eigenaar/gedoogplichtige aan het telecombedrijf het verzoek doet een of meer kabels te verplaatsen, die gedeeltelijk zijn gelegen in de grond van de eigenaar/gedoogplichtige en gedeeltelijk in de grond van een derde, de kosten van de verplaatsing slechts voor rekening van het telecombedrijf kunnen worden gebracht voor zover de kabel in de eigen grond van deze eigenaar/gedoogplichtige ligt (art. 37 lid 1 Wtv) en voor het overige voor rekening komen van degene die om de verplaatsing heeft verzocht (art. 37 lid 2 Wtv). Ik zou dit gemakshalve willen aanduiden als het 'grenscriterium'.

3.8. Er kunnen zich uiteenlopende situaties voordoen:

(i) Allereerst de situatie waarin de eigenaar/gedoogplichtige uitsluitend verzoekt om een in zijn eigen grond aanwezige telecommunicatiekabel te verplaatsen, maar waarin de uitvoering van het verzoek om enigerlei technische reden het telecombedrijf noopt ongevraagd ook een telecommunicatiekabel gelegen in een naastgelegen perceel te verplaatsen of aan te passen. Deze situatie is in dit geding niet aan de orde. Zij lijkt mij geen probleem op te leveren: indien overigens aan de vereisten van art. 37 lid 1 Wtv is voldaan, komen alle kosten van de verplaatsing voor rekening van het telecombedrijf.

(ii) Dan de situatie waarin de eigenaar/gedoogplichtige weliswaar alleen op zijn eigen perceel een bouwwerk wil oprichten of een werk wil uitvoeren, maar niettemin verzoekt (ook) een kabel aanwezig in de grond van de buurman te verleggen teneinde de bouwwerkzaamheden op zijn eigen perceel behoorlijk te kunnen uitvoeren. De s.t. van de Staat (blz. 5) geeft in dit verband het voorbeeld dat voor het storten van het fundament nodig is een gedeelte van het perceel van de buurman af te graven waarin zich een telecommunicatiekabel bevindt, uiteraard nadat de buurman

OPTA-documenten zijn te raadplegen via www.opta.nl). Voor alle duidelijkheid: beleidsregels zijn ingevolge art. 4:84 Awb verbindend voor OPTA, niet voor anderen.

15 Brief van de minister van EZ d.d. 19 december 2003, *Kamerstukken II 2003/2004*, 29 387, nr. 1, blz. 3-4. In november 2003 is een voorontwerp van wet rondgestuurd voor consultatie (zie www.opta.nl).

16 Zie: L. de Ridder en T. Vermeir, *Leidings voor nutsvoorzieningen*, Brugge: die Keure 2000, nrs. 205-211 en 219-225.

17 Zie: H.H. Trute, W. Spoerr en W. Bosch, *Telekommunikationsgesetz mit FTEG*, Berlin: Walter de Gruyter 2001, hoofdstuk 8, i.h.b. blz. 434-435: 'Diese Pflicht des Nut-

zungsberechtigten zur Kostentragung ist die konsequente Umsetzung des Vorzwecks des Primärzwecks und ein Äquivalent zu der dem Unterhaltungspflichtigen auferlegten Pflicht, die Verkehrswege unentgeltlich zur Benutzung zu überlassen.'

18 Dit is, als gezegd, ook de opvatting van de OPTA. Aan het argument van de Staat (MvG blz. 7) dat de Wtv in werking is getreden vóórdat in titel 7:7 BW de wettelijke regeling van de opdracht werd geïntroduceerd, komt m.i. weinig betekenis toe. Het gaat er niet om of de overeenkomst is gegoten in de vorm van een opdracht, een aanneming van werk of anderszins; het gaat erom of het initiatief tot het bouwen of het uitvoeren van werken uitgaat van de gedoogplichtige.

voor dat afgraven toestemming heeft gegeven. Een ander voorbeeld zou kunnen zijn dat in het terrein van de buurman een kabel moet worden verlegd om het eigen terrein van de eigenaar/gedoopte verplichte toegankelijk te maken voor zwaar materieel.

In deze situatie geldt m.i. het 'grenscriterium' en dient dus degene die de verplaatsing heeft verzocht de kosten te dragen. De verplaatsing van de kabel(s) in de grond van de buurman is niet nodig voor de oprichting van gebouwen of voor de uitvoering van werken door of vanwege de buurman. Het 'grenscriterium' is hier redelijk, omdat in dit geval degene die om de verplaatsing heeft verzocht niet de lasten draagt van het feit dat de buurman het leggen en liggen van de kabel in zijn grond heeft moeten gedogen zonder daarvoor een vergoeding te ontvangen.

(iii) Tenslotte de situatie waarin de eigenaar/gedoopte verplichte een gebouw wil oprichten of een werk wil uitvoeren dat zich – met toestemming van de betrokken grondeigenaren – over meerdere percelen uitstrekt en daartoe aan het telecombedrijf het verzoek doet een of meer kabels te verleggen die zijn gelegen in de grond van die andere grondeigenaren. Volgens de s.t. van de Staat (blz. 5) doet deze laatste situatie zich hier voor. Deze situatie eist een wat uitgebreider bespreking.

3.9. Voor zover het standpunt van de Staat is gebaseerd op de opvatting, dat onverschillig is of de Staat in één keer voor alle percelen tegelijk om verplaatsing van de kabel(s) verzoekt, dan wel iedere grondeigenaar/gedoopte verplichte afzonderlijk een verzoek aan KPN richt om de kabel(s) te verplaatsen, lijkt die opvatting mij onjuist. De derden-eigenaren kunnen immers geen beroep doen op art. 37 lid 1 Wtv wanneer het niet gaat om de oprichting van een gebouw of de uitvoering van een werk door hen of in hun opdracht.

3.10. Evenals in de situatie onder (ii) werd aangenomen, is er geen goede reden om in de situatie onder (iii) de kosten van de verplaatsing van de kabel(s) in het terrein van de buurman voor rekening van het telecombedrijf te brengen. De Staat heeft niet de last gedragen van het leggen en liggen van de kabel(s) in de grond van de derden-eigenaren zonder voor het gedogen een vergoeding te ontvangen. In het beginsel 'liggen om niet: verleggen om niet' kan dus geen rechtvaardiging worden gevonden om het telecombedrijf de kosten van de verplaatsing te laten dragen. Ook de tekst van art. 37 lid 1 Wtv biedt in deze situatie geen aanknopingspunt om de kosten van de verplaatsing van een kabel in andermans grond ten laste van het telecombedrijf te brengen.

3.11. Is voldaan aan de voorwaarde van art. 37 lid 1 Wtv ('indien deze verplaatsing nodig is voor de oprichting van gebouwen of de uitvoering van werken door of vanwege degene op wie een gedoopte verplicht rust'), wanneer de opdracht tot het oprichten van het gebouw respectievelijk de opdracht tot de uitvoering van het werk mede is gegeven door degene op wie de gedoopte verplicht rust? Het is voorstelbaar dat de Staat met de betrokken derden-eigenaren afsprekt dat zij optreden als mede-opdrachtgever of als mede-uitvoerder van het werk. In dit veronderstelde geval kunnen de Staat en de derden-eigenaren, ieder voor wat betreft de kabel(s) in zijn eigen grond, van het telecombedrijf vorderen dat de kabel wordt verplaatst op kosten van het telecombedrijf.

Voor zover het standpunt van de Staat is gebaseerd op de opvatting dat er geen wezenlijk verschil bestaat tussen de situatie waarin de derden-eigenaren toestemming geven en de situatie waarin de derden-eigenaren optreden als mede-opdrachtgever, heeft dit argument onvoldoende overtuigingskracht. Indien de derden-eigenaren optreden als mede-opdrachtgever komen zij in de positie dat zij geld erop zouden moeten toeleggen om een kabel in hun grond te verplaatsen die het telecombedrijf daar heeft gelegd. De regeling strekt ertoe dat te voorkomen. Indien de derden-eigenaren slechts hun toestemming voor het werk geven, komen zij niet in die positie. Om dezelfde reden kan geen doorslaggevende betekenis worden toegekend aan het argument van de Staat dat het het meest praktisch is dat Rijkswaterstaat de regiefunctie heeft ten aanzien van de aanpassing van de aansluitingen en aanpassingen van de toevoerwegen.

3.12. Op basis van de door het hof vastgestelde feiten kan niet worden aangenomen dat de derden-eigenaren (in casu: de gemeenten en de andere derden-eigenaren) zijn opgetreden als mede-opdrachtgever van het werk dat op hun terrein is verricht ten behoeve van de reconstructie van de rijksweg. Dat is ook niet gesteld. Om deze reden kan

het bestreden arrest niet in stand blijven. De Hoge Raad kan m.i. de zaak zelf afdoen door de grieven te verwerpen en het vonnis van de rechtbank te bekrachtigen.

3.13. Na het voorgaande kan worden volstaan met een summier bespreking van de overige klachten. Onderdeel 2 klaagt dat het hof in rov. 5.2 en 5.3 is uitgegaan van een onjuiste opvatting van de term 'door of vanwege degene op wie een gedoopte verplicht rust' in het eerste lid van art. 37 Wtv. Volgens het onderdeel heeft de term 'vanwege' de betekenis dat degene op wie de gedoopte verplicht rust als initiatiefnemer, opdrachtgever of mede-opdrachtgever of anderszins actief bij het werk moet zijn betrokken. Volgens het onderdeel is niet voldoende dat de derden-eigenaren aan Rijkswaterstaat toestemming hebben gegeven tot het uitvoeren van werkzaamheden op hun terrein.

3.14. Uit het voorgaande volgt dat ook deze klacht slaagt. Noch de wettekst, noch de parlementaire geschiedenis, noch de strekking ervan rechtvaardigt een zo ruime interpretatie van deze term dat daaronder ook zou zijn begrepen het geval waarin de derde-eigenaar alleen maar toestemming heeft gegeven tot de oprichting van een gebouw of de uitvoering van een werk op zijn grond.

3.15. In onderdeel 3 wordt toegevoegd dat wanneer de toestemming van de derde-eigenaar niet toereikend is, onbegrijpelijk is op grond waarvan het hof van oordeel is dat de uitvoering van de litigieuze werken op het terrein van de derden-eigenaren valt aan te merken als een uitvoering van werken door of vanwege degene op wie de gedoopte verplicht rust. De klacht bouwt voort op onderdeel 2 en slaagt dus ook.

3.16. Onderdeel 4 is subsidiair voorgesteld en kan onbesproken blijven wanneer een van de voorafgaande middelonderdelen slaagt. Het onderdeel houdt rekening met de mogelijkheid dat het hof van oordeel is dat voor de toepassing van art. 37 lid 1 Wtv reeds sprake is van werken verricht 'door of vanwege' de derden-eigenaren, wanneer dezen er belang bij hebben dat Rijkswaterstaat op hun grond werken uitvoert of laat uitvoeren.

3.17. Voor zover de Hoge Raad aan dit onderdeel toekomt, mist de klacht feitelijke grondslag. Het hof heeft de toepasselijkheid van art. 37 lid 1 Wtv niet gebaseerd op de enkele omstandigheid dat de derden-eigenaren belang hebben bij de werken die Rijkswaterstaat op hun terrein heeft uitgevoerd of laten uitvoeren.

4. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot bekrachtiging van het vonnis van de rechtbank.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden, Mr. F.F. Langemeijer

Noot

Arine van der Steur
Mr. drs. J.C. van der Steur is advocaat te Den Haag (Bird & Bird).

Deze uitspraak verleent duidelijkheid over het begrip 'vanwege de gedoopte verplichte' in artikel 5.7 lid 1 Tw en over de verhouding tussen de leden 1 en 2 van dit artikel. De uitspraak is alleen daarom al interessant, maar is dat te meer omdat de opvatting van de Hoge Raad lijnrecht staat tegenover hetgeen in het recentelijk verschenen wetsvoorstel omtrent herziening van hoofdstuk 5 Tw en de toelichting daarop, wordt gesteld.¹

Alvorens nader in te gaan op het begrip 'vanwege de gedoopte verplichte', 'de verhouding tussen lid 1 en lid 2 van artikel 5.7 Tw', 'de visie van OPTA' en 'het wetsvoorstel', zal eerst een korte schets worden gegeven van hetgeen artikel 5.7 Tw regelt.

Artikel 5.7 Tw

Artikel 5.7 Tw is de opvolger van het inhoudelijk gelijke artikel 37 Wet op de Telecommunicatievoorzieningen ('Wtv') en is momenteel in het Wetsvoorstel herziening hoofdstuk 5 Tw (TK 29 834) opgenomen als artikel

1 Wijziging van de Telecommunicatiewet in verband met een herziening van het nationale beleid ten aanzien van de aanleg van kabels ten dienste van openbare

elektronische communicatienetwerken, TK 2004-2005, 29 834, nr. 2 en nr. 3.

5.8 ('Wetsvoorstel'). Het artikel geeft een regeling voor de verplaatsing van kabels wegens (bouw)werkzaamheden en biedt zo een begrenzing van de gedoogplicht voor grondeigenaren met betrekking tot de aanleg van kabels, zoals deze is geregeld in hoofdstuk 5 Tw. Lid 1 van het artikel bepaalt dat de gedoogplicht niet verder gaat dan noodzakelijk: de grondeigenaar die op zijn grond een gebouw wil oprichten of werken wil uitvoeren, behoeft niet als gevolg van de omstandigheid dat er (zonder vergoeding) een of meer kabels in zijn grond zijn gelegd, ook nog te worden geconfronteerd met de kosten voor de verplaatsing van die kabels indien deze verplaatsing voor de oprichting van gebouwen of uitvoering van werken door of vanwege de gedoogplichtige noodzakelijk is. De kosten van een dergelijke verplaatsing dienen voor rekening te komen van de telecommunicatieaanbieder. Het artikel wordt al sinds jaar en dag samengevat onder het adagium 'liggen om niet, verleggen om niet'. Lid 2 bepaalt dat in andere gevallen dan bedoeld in het eerste lid, de aanbieder slechts over hoeft te gaan tot verplaatsing indien de verzoeker hem de kosten daarvan vergoedt.

Het begrip 'vanwege de gedoogplichtige'

In onderhavig casus staat vast dat er sprake was van een 'uitvoering van een werk', namelijk de reconstructie van de Rijksweg 32 (Meppel-Leeuwarden) van autoweg naar autosnelweg gedurende de periode mei 1995 - juni 1997, waarvoor onder meer ongelijkvloerse kruisingen werden aangelegd met op- en afritten. Tevens staat vast dat in verband met deze reconstructie het 'noodzakelijk' was dat kabels van KPN (toen PTT Telecom BV) werden verlegd. Onduidelijk is echter of er sprake is van een noodzakelijke uitvoering van een werk 'vanwege de gedoogplichtige'.

Bij brief van 21 februari 1995 heeft de Staat (Rijkswaterstaat) KPN verzocht op grond van het destijds geldende artikel 37 lid 1 Wtv tot verlegging op eigen kosten over te gaan. De Staat stelt zich daarbij kortweg op het standpunt dat het een werk wil uitvoeren dat zich - met toestemming van de betrokken grondeigenaren - over meerdere percelen uitsprekt en dat het telecombedrijf derhalve op eigen kosten een of meer kabels dient te verleggen die in de grond van die andere grondeigenaren liggen.

KPN is het daar niet mee eens en heeft onder meer gevorderd te verklaren voor recht dat de Staat de kosten van verlegging voor zijn rekening moet nemen voor zover het gaat om gronden waarvan de Staat geen eigenaar was. De Staat kan, aldus KPN, voor die gronden niet worden aangemerkt als gedoogplichtige zoals bedoeld in artikel 37 Wtv. Er is dus geen sprake van een uitvoering van een werk 'vanwege de gedoogplichtige'.

De rechtbank heeft de vordering van KPN toegewezen. Het hof heeft de vordering afgewezen en is via een merkwaardige redenering (zie hierna de paragraaf 'verhouding tussen lid 1 en 2') tot het oordeel gekomen dat er sprake is van werken die verricht zijn 'vanwege de grondeigenaren' omdat deze derde grondeigenaren hebben ingestemd met de werkzaamheden die door of in opdracht van Rijkswaterstaat op hun grond hebben plaatsgevonden.

De Hoge Raad maakt met deze redenering korte metten:

De enkele omstandigheid dat, naar moet worden aangenomen, de andere eigenaren dan de Staat - de provincie Overijssel, de gemeenten Havelte en Steenwijk en andere derden - hebben ingestemd met de werkzaamheden die door of in opdracht van Rijkswaterstaat op hun gronden hebben plaatsgevonden, brengt niet mee dat de werkzaamheden in de zin van artikel 37 lid 1 Wtv 'vanwege' deze grondeigenaren hebben plaatsgevonden.

Opmerkelijk is dat de Hoge Raad de kans voorbij laat gaan aan te geven wat dan wél vereist is voor de aanname dat iets 'vanwege' een grondeigenaar geschiedt. Advocaat-Generaal Langemeijer geeft onder 3.3. van zijn toelichting nog wel de voorzet dat de uitdrukking 'door of vanwege de rechthebbende' volgens hem moet worden gelezen als 'door of in opdracht van de rechthebbende'. Onder 3.11 geeft hij aan dat het ook voldoende zou kunnen zijn als de opdracht tot de uitvoering van het werk mede is gegeven door degene op wie de gedoogplicht rust: indien de derde-eigenaren optreden als mede-opdrachtgever komen zij in de positie dat zij geld erop zouden moeten toelagen om een kabel in hun grond te verplaatsen die het telecombedrijf daar heeft gelegd. Indien de derden-eigenaren, zoals in onderhavig geval, slechts hun toestemming voor het werk geven, komen zij niet in die positie. Om dezelfde reden kan volgens Langemeijer evenmin doorslaggevende betekenis worden toegekend aan het argument van de Staat dat niet meer dan praktisch is dat Rijkswaterstaat de regiefunctie heeft ten aanzien van de aanpassing van de aansluitingen en toevoerwegen. Een enkel 'belang' bij de uitvoering van het werk zou onvoldoende zijn.

De vraag rijst of er sprake is van uitvoering van werken 'vanwege de gedoogplichtige' als deze gedoogplichtige in ieder geval (mede) het economisch risico van het werk draagt. De Hoge Raad laat in ieder geval de kans liggen hier duidelijkheid over te verschaffen, hij oordeelt slechts dat de enkele 'instemming' onvoldoende is.

Verhouding tussen artikel 37 lid 1 en 2 Wtv/artikel 5,7 lid 1 en 2 Tw

Wellicht heeft de summiere invulling van het begrip 'vanwege de gedoogplichtige' te maken met het feit dat dit eigenlijk bijkomend is. De Hoge Raad geeft namelijk primair overwegingen omtrent de verhouding tussen de leden 1 en 2 van artikel 37 Wtv.

Zoals gezegd bepaalt lid 1 dat de telecommunicatieaanbieder verplicht is op eigen kosten tot verplaatsing van kabels over te gaan, indien de verplaatsing nodig is voor de oprichting van gebouwen of de uitvoering van werken door of vanwege degene op wie de gedoogplicht rust. Lid 2 bepaalt dat in andere gevallen dan bedoeld in het eerste lid, de aanbieder slechts overgaat tot verplaatsing indien de verzoeker hem de kosten daarvan vergoedt.

Het hof heeft op grond van deze bepalingen geoordeeld dat artikel 37 Wtv alleen van toepassing is in geval de 'gedoogplichtige' de telecommunica-tieaanbieder verzoekt tot verplaatsing over te gaan. Het onderscheid tussen lid 1 en lid 2 is daarin gelegen dat lid 1 van toepassing is als de verplaatsing nodig is wegens werkzaamheden die zijn te kwalificeren als 'oprichting van gebouwen' of 'uitvoering van werken' en dat lid 2 van toepassing is indien verplaatsing om andere redenen moet plaatsvinden. Het hof heeft hierop voortbouwend geoordeeld dat artikel 37 lid 1 en 2 Wtv geen regeling geeft voor het onderhavige geval waarin een grondeigenaar (tevens) verzoekt over te gaan tot verplaatsing van kabels in grond van derden, dat wil zeggen in gronden waarvoor de verzoeker zelf géén gedoogplichtige is. In een dergelijk geval dient men, aldus het hof, terug te vallen op hetgeen KPN met de grondeigenaar is overeengekomen. Nu KPN en Rijkswaterstaat hadden afgesproken dat KPN haar kosten vergoed krijgt indien de door Rijkswaterstaat verzochte verplaatsing niet onder artikel 37 lid 1 Wtv valt, toetst het hof of er sprake was van werken 'vanwege' de grondeigenaren. Zoals hiervoor reeds is aangegeven komt het hof tot een bevestigend antwoord.

Deze redenering is om meerdere redenen onjuist. Allereerst is het wel een zeer ruime invulling van het begrip 'vanwege', door de enkele instemming met werkzaamheden voldoende te achten. Ten tweede staat nergens in artikel 37 lid 2 Wtv dat dit artikel slechts geldt voor een verzoek van de 'gedoogplichtige'. Lid 2 bezigt juist de meer algemene term 'verzoeker'. Dit laat ruimte voor een geval als het onderhavige waarin een derde een verplaatsingsverzoek doet met betrekking tot kabels in de grond van een ander. Ten derde had het hof na de constatering dat artikel 37 lid 1 (en lid 2) Wtv naar zijn mening niet van toepassing is, kunnen volstaan met de opmerking dat volgens afspraak tussen KPN en Rijkswaterstaat de kosten voor rekening van Rijkswaterstaat dienen te komen. Partijen hadden immers afgesproken dat KPN haar kosten vergoed krijgt indien de door Rijkswaterstaat verzochte verplaatsing niet onder artikel 37 lid 1 Wtv valt, hetgeen reeds in stap 1 in negatieve zin was beslist. Het hof gaat echter nogmaals kijken of de verplaatsing niet onder artikel 37 lid 1 Wtv valt en komt daarbij nota bene ook nog tot een bevestigend antwoord, namelijk dat de werken 'vanwege de grondeigenaren' zijn verricht. Het hof wisselt dus van 'gedoogplichtige'-perspectief. In eerste instantie constateert het dat er geen sprake is van een verzoek van de gedoogplichtige, aangezien Rijkswaterstaat (geen gedoogplichtige met betrekking tot die gronden) het verzoek doet en constateert het dat derhalve artikel 37 Wtv niet van toepassing is. Vervolgens toetst het hof nogmaals aan artikel 37 lid 1 Wtv en komt het tot de constatering dat er wel sprake is van werken die uitgevoerd worden 'vanwege' de gedoogplichtige grondeigenaren (de derden-eigenaren) omdat deze hebben ingestemd met de werken waarvoor Rijkswaterstaat opdracht geeft. De Hoge Raad ziet de eerste twee fouten van het hof en overweegt ten aanzien van artikel 37 Wtv als volgt:

Deze bepaling ziet immers, anders dan het hof heeft geoordeeld, niet alleen op het geval dat de verplaatsing van kabels nodig is voor een ander doel dan oprichting van een gebouw of uitvoering van een werk maar, overeenkomstig hetgeen hiervoor is overwogen, ook op het geval dat de verplaatsing nodig is voor de verwezenlijking van enig doel door of vanwege een ander dan degene op wie ten aanzien van de te verplaatsen kabels een gedoogplicht rust.

Daarmee erkent de Hoge Raad impliciet dat het eerste lid van artikel 37 Wtv alleen van toepassing is in geval de eigenaar in wiens grond kabels zijn gelegd een verplaatsingsverzoek doet voor (bouw)werkzaamheden. De Staat dient, aldus de Hoge Raad, ingevolge het tweede lid van artikel

37 Wtv – behoudens indien tussen de Staat en KPN anders zou zijn overeengekomen – de kosten te dragen van de verplaatsing van kabels ten aanzien van gronden waarvoor op hem geen gedoogplicht rust. In onderhavig geval is tussen de Staat en KPN overeengekomen dat de kosten voor rekening van de Staat komen indien de verplaatsing van de leidingen niet onder artikel 37 lid 1 Wtv valt, hetgeen dus ook al uit het artikel zelf voortvloeit.

Daarmee had de Hoge Raad kunnen volstaan. Het is uitgemaakt dat de onderhavige verplaatsing van de kabels niet onder artikel 37 lid 1 Wtv valt (er was geen sprake van een verplaatsingsverzoek door of vanwege de gedoogplichtige) en dus komen de kosten voor rekening van de Staat. De Hoge Raad redeneert echter door en overweegt ten overvloede dat 's hofs oordeel dat artikel 37 lid 1 Wtv wél op onderhavige verplaatsing van toepassing is, evenwel niet in stand kan blijven omdat – zoals in de vorige paragraaf is toegelicht – de enkele instemming door de andere eigenaren dan de Staat niet meebrengt dat de werkzaamheden 'vanwege deze grondeigenaren' hebben plaatsgevonden. Daarmee aanvaardt de Hoge Raad impliciet dat dient te worden getoetst of er sprake is van een verzoek 'vanwege de derden-grondeigenaren'. Dit is naar mijn mening onjuist. Getoetst moet worden of er sprake is van een verplaatsing 'vanwege de gedoogplichtige'. Als dat niet zo is omdat de verzoeker geen gedoogplichtige is voor de grond waarop het verzoek betrekking heeft, is er geen sprake van toepassing van lid 1 maar van lid 2.

OPTA

OPTA legt de verplichting van telecombedrijven om op eigen kosten kabels te verplaatsen, evenals de Hoge Raad, beperkt uit. Beleidsregel 52 geeft aan dat het begrip 'door of vanwege' ziet op het feit dat de (bouw)werkzaamheden door of in opdracht van de gedoogplichtige worden uitgevoerd.² Volgens OPTA kan dit bijvoorbeeld worden aangetoond door het overleggen van contracten, opdrachtbonnen, (bouw)vergunning, et cetera.

In de beslissing van OPTA Gemeente Best vs. Essent Kabelcom BV van 26 januari 2004³ was een spiegelbeeldig geval aan de orde. In dit geval was de gemeente Best gedoogplichtige en deed zij ook het verzoek tot verplaatsing van kabels. Deze kabels hoefden echter niet verplaatst te worden om gemeentelijke werken aan of rond de weg uit te voeren, maar omdat er nieuwe kabels werden aangelegd in een tracé waar de kabels van Essent al lagen. Deze nieuwe kabels werden niet door de gemeente Best, maar door derden aangelegd. Volgens het college is hier niet voldaan aan het begrip 'vanwege de gedoogplichtige'. Naar het oordeel van het college dient een direct causaal verband aanwezig te zijn tussen de opdracht van de gedoogplichtige en de uit te voeren werken. Het college oordeelt dan ook dat de gemeente geen beroep kan doen op het bepaalde in artikel 5.7 lid 1 Tw, maar als verzoeker als bedoeld in artikel 5.7 lid 2 Tw moet worden beschouwd. Hieruit volgt dat Essent op grond van artikel 5.7 lid 2 Tw de kosten voor de verplaatsing van haar kabels niet hoeft te dragen.

Wetvoorstel hoofdstuk 5

Inmiddels is het Wetsvoorstel herziening hoofdstuk 5 bekend gemaakt. Daarin worden de gedoogplicht en de aanspraak op verlegging van kabels volgens het beginsel 'liggen om niet, verleggen om niet' gehandhaafd. Artikel 5.8 Wetsvoorstel is op bepaalde punten afwijkend van het huidige artikel 5.7 Tw. Lid 1 bepaalt dat de telecomaandbieder ook kan volstaan met het nemen van maatregelen, zoals het verplaatsen van kabels maar waaronder ook minder ingrijpende werkzaamheden kunnen vallen. Lid 2 is nieuw en geeft een aparte regeling voor het geval een gedoogplichtige jegens een derde voor het oprichten van gebouwen verplicht is grond zonder hinderlijke kabels te leveren. De kosten van deze verplaatsing komen eveneens voor rekening van de telecomaandbieder. Lid 3 is het oude lid 2 en is het meest ingrijpend gewijzigd. Het artikel bepaalt niet langer dat in alle andere gevallen de 'verzoeker' de kosten moet vergoeden, maar heel verwarrend dat de 'gedoogplichtige' de kosten moet vergoeden.

Dit zou voor onderstaande casus kunnen betekenen dat degenen die wel de 'gedoogplichtige' van de desbetreffende gronden zijn (de provincie Overijssel, de gemeenten Havelte en Steenwijk en andere derden) de kosten moeten vergoeden aan KPN. Dit kan niet juist zijn; dit zou immers betekenen dat een ieder kosteloos een verzoek tot verplaatsing van

kabels kan doen, terwijl de uiteindelijke grondeigenaren als gedoogplichtigen van die specifieke gronden waarvoor die derde een verplaatsingsverzoek heeft gedaan, voor de kosten dienen op te draaien. De Hoge Raad heeft dit ook expliciet afgewezen:

De gedachte die aan artikel 37 Wtv ten grondslag ligt, brengt ook mee dat indien een ander dan de eigenaar in wiens grond kabels zijn gelegd, met het oog op de oprichting van een gebouw of de uitvoering van werken verplaatsing van die kabels wenst, de kosten van die verplaatsing in ieder geval niet voor rekening van de gedoogplichtige eigenaar van de grond behoren te komen.

De memorie van toelichting bevat meer overwegingen die haaks staan op de uitspraak van de Hoge Raad. Zo staat op p. 57 bij de toelichting van artikel 5.8 Wetsvoorstel dat 'als kan worden aangenomen dat de gedoogplichtige heeft ingestemd met de uitvoering van een werk door een derde en dit tevens ten behoeve van gedoogplichtige geschiedt, dit betekent dat het werk vanwege hem wordt uitgevoerd'. Dit terwijl de enkele instemming volgens de Hoge Raad juist onvoldoende is.

Vervolgens staat op p. 58 van de toelichting dat op grond van het derde lid, de aanbieder verplicht is aan een verzoek tot verplaatsing om andere redenen dan in het eerste of tweede lid bedoeld te voldoen, maar dat de gedoogplichtige zelf de kosten daarvan dient te dragen. De wetgever lijkt dus uit te gaan van dezelfde opvatting als die van het hof waarin lid 1 en lid 2 alleen van toepassing zijn indien de gedoogplichtige een verzoek doet en het verschil tussen lid 1 en lid 2 alleen ziet op het feit dat lid 1 voor (bouw)werkzaamheden van toepassing is en lid 2 voor andere werkzaamheden die niet onder lid 1 vallen. Terwijl de Hoge Raad nu duidelijk heeft gemaakt dat lid 1 ziet op (bouw)werkzaamheden door of vanwege de gedoogplichtige en lid 2 van toepassing is indien er sprake is van andere werkzaamheden of een verzoek door een ander dan de gedoogplichtige.

Het is afwachten of hetgeen in het wetsvoorstel omtrent artikel 5.8 wordt geregeld, voor inwerkingtreding van het wetsvoorstel zal worden aangepast of dat de uitspraak van de Hoge Raad door inwerkingtreding van het wetsvoorstel zal worden achterhaald.

Conclusie

In deze zaak krijgt KPN na zo'n 10 jaar procederen eindelijk uitsluitend over de vraag wie de kosten van verplaatsing van kabels moet dragen. Dit blijkt niet KPN te zijn, maar de Staat, voor zover deze geen eigenaar en dus geen gedoogplichtige was van de gronden waarin (een deel van) het kabeltracé is verlegd.

Deze uitspraak geeft aldus een nadere invulling aan de reikwijdte van de gedoogplicht, met name waar het bepaalt dat het adagium 'liggen om niet, verleggen om niet' uitsluitend geldt in verhouding van het telecombedrijf tot de concrete gedoogplichtige. De Hoge Raad (en OPTA) achten het in strijd met de gedachte van artikel 37 Wtv/artikel 5.7 Tw het begrip 'vanwege de gedoogplichtige' ruim uit te leggen.

De wetgever lijkt op dit moment een andere visie te hebben. In de memorie van toelichting van het wetsvoorstel herziening hoofdstuk 5 blijkt de enkele instemming met de uitvoering van een werk wel voldoende te zijn om te komen tot de kwalificatie dat een werk 'vanwege de gedoogplichtige' wordt uitgevoerd. Ook de vervanging van 'verzoeker' door 'gedoogplichtige' in artikel 5.8 lid 3 Wetsvoorstel (het huidige artikel 5.7 lid 2 Tw) lijkt te impliceren dat de wetgever – anders dan de Hoge Raad – (vooralsnog) van mening is dat de kosten van verplaatsing wegens een verzoek van een derde, voor rekening dienen te komen van degene in wiens grond de kabels liggen en niet van die derde. Deze standpunten lijken mij achterhaald en zouden vóór inwerkingtreding van de wet gewijzigd dienen te worden. Of de wetgever daar toe bereid zal zijn, zal moeten worden bezien.

² Beleidsregels inzake de gedoogplicht voor de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels d.d. 23 juli 2003, OPTA/IBT/2003/202555, te raadplegen via www.opta.nl.

³ OPTA 26 januari 2004, OPTA/IBT/2004/200144/G.17.03, Gemeente Best vs. Essent Kabelcom BV, te raadplegen via www.opta.nl.

Rechtbank Amsterdam 2 februari 2005
293749 / H 04.2246 (CR)

Vonnis in de zaak van:

De Staat der Nederlanden, handelend voor zichzelf en als gevolmachtigde van mr. dr. J. P. Balkenende, zetelend te 's-Gravenhage, eiser, procureur mr. L. P. Broekveldt,

tegen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Kijkshop BV, gevestigd te Amsterdam, gedaagde, procureur mr. I.M.C.A. Reinders Folmer.

Partijen worden hierna de Staat en Kijkshop genoemd.

Verloop van de procedure

De rechtbank is uitgegaan van de volgende processtukken en/of proceshandelingen:

- dagvaarding van 22 juni 2004, met bewijsstukken,
- akte aanvulling dagvaarding,
- conclusie van antwoord, met bewijsstukken,
- ambtshalve gewezen tussenvonnis van 15 september 2004 waarbij een comparitie van partijen is bepaald,
- proces-verbaal van de op 6 december 2004 gehouden comparitie van partijen, met de daarin genoemde stukken, waaronder een akte houdende wijziging van eis,
- verzoek vonnis wijzen.

Gronden van de beslissing

1. Vaststaande feiten

Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend dan wel niet (voldoende) betwist, alsmede op grond van de in zoverre niet bestreden inhoud van overgelegde bewijsstukken, staat het volgende vast.

a. Mr. dr. J.P. Balkenende, thans minister-president en hierna te noemen Balkenende en zijn echtgenote mr. dr. B. Hoogendijk hebben op 3 november 2003, in het bijzijn van notaris mr. F.J. Oranje, een volmacht ondertekend die, voorzover hier relevant, als volgt luidt:

verklaren hierbij volmacht te verlenen aan: de Secretaris-Generaal van het Ministerie van Algemene Zaken, hierna te noemen: 'de Gevolmachtigde',

om in naam van de volmachtgevers: civiele procedures te voeren, in het bijzonder betreffende geschillen van mediarechtelijke aard, en daartoe alle feitelijke en rechtshandelingen ter voorbereiding op, respectievelijk ter beëindiging van, voormelde civiele procedures te verrichten dan wel onderhandelingen in verband met zodanige onderwerpen te voeren en te voltooien, en voorts alle andere feitelijke en rechtshandelingen te verrichten, die de Gevolmachtigde in verband met de hiervoor bedoelde rechtshandelingen nuttig en/of nodig acht.

De volmacht wordt verleend, met dien verstande dat: (a) de Gevolmachtigde bevoegd is de aan hem verleende volmacht aan een ander te verlenen, of een ander als gevolmachtigde in zijn plaats te stellen;

b. Kijkshop heeft ter gelegenheid van moederdag 2004 een miljoenoplage van een huis-aan-huis folder (hierna: de folder) verspreid ter aanprijzing van haar waren in de regio's waar Kijkshop vestigingen heeft, onder meer ook in de woonplaats van Balkenende. Op de voorpagina en de daarop volgende pagina's van de folder heeft Kijkshop, zonder toestemming van Balkenende, de volgende tekening (hierna: de afbeelding), met slagzin 'Zonder verkoper shopt J-Peetje goedkoper', afgedrukt.

Daarnaast heeft Kijkshop folders verspreid met op de voorpagina een tekening van een andere politicus, en op de daaropvolgende pagina's de afbeelding van Balkenende. Verder heeft Kijkshop van de afbeelding van Balkenende posters laten drukken en in haar winkels laten ophangen.



2. De vordering

2.1 De Staat vordert na wijziging van eis bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, voor recht te verklaren dat de publicatie door Kijkshop van het portret van Balkenende, respectievelijk het vermelden van of verwijzen naar zijn naam, in de folders en de posters, als omschreven in het lichaam van de dagvaarding, ter aanprijzing van Kijkshop's goederen onrechtmatig is, alsmede de veroordeling van Kijkshop tot vergoeding van schade, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, met veroordeling van Kijkshop in de proceskosten.

2.2 De Staat stelt hiertoe, kort samengevat, dat hij optreedt krachtens eigen recht, ter bescherming van zijn eigen belangen, en daarnaast als gevolmachtigde van Balkenende als privé-persoon. De Staat beroept zich op de volmacht aan de Secretaris Generaal van het Ministerie van Algemene Zaken, als productie 1 bij dagvaarding overgelegd. De Secretaris Generaal van het Ministerie van Algemene Zaken (op 3 november 2003 was dat drs. W.J. Kuijken, hierna: Kuijken), heeft volgens de Staat mondeling de Staat gemachtigd deze procedure jegens Kijkshop aan te spannen.

Voorzover de vordering is ingesteld door de Staat zelf, baseert hij zich op onrechtmatige daad, bestaande uit inbreuk op het recht van de persoonlijke levenssfeer van Balkenende, waarbij wordt opgetreden als de werkgever van Balkenende. De Staat meent dat Kijkshop, met het publiceren van de afbeelding met de slagzin, inbreuk maakt op het recht van Balkenende op bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer, alsmede op zijn eer en goede naam, mede gelet op de omstandigheid dat de afbeelding is gebruikt voor een commerciële reclame-uiting. De bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de leden van de regering behoort tot zijn taak als werkgever, aldus de Staat.

Voorzover de vordering is ingesteld namens Balkenende, is de grondslag van de vordering dezelfde, en bovendien gelegen in schending van het portretrecht van Balkenende volgens artikel 21 van de Auteurswet (Aw).

2.3 De inbreuken op genoemde rechten brengen volgens de Staat (immateriële) schade toe aan de Staat en aan Balkenende. De Staat stelt recht op en belang te hebben bij toewijzing van de gevorderde verklaring voor recht en de gevorderde schade op te maken bij staat.

Voorzover de rechtbank de schade reeds in deze procedure wenst te begroten, heeft de Staat tijdens de comparitie van partijen aanvullend opgemerkt dat, op de voet van de artikelen 27a Aw of 6:104 van het Burgerlijk Wetboek (BW), alsmede gelet op artikel 13 van de EU-Richtlijn over de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten, een bevel tot het afdragen van de door Kijkshop behaalde winst op zijn plaats is, welke winst wordt geschat op € 333.000,-. Een alternatief voor winstafdracht zou volgens de Staat het toekennen van een vergoeding van een halve eurocent voor elke afbeelding, dus 2,5 eurocent

per folder zijn, alsmede van tien euro voor elke poster per week dat deze in de winkels hing, hetgeen volgens de Staat, uitgaande van tien posters per filiaal en 7 miljoen folders, zou neerkomen op een door Kijkshop te betalen schadevergoeding van € 186.100,-.

3. Het verweer

3.1 Kijkshop heeft tegen het gevorderde gemotiveerd verweer gevoerd en tegen de schadeberekening ingebracht dat zij zich daarop niet behoorlijk heeft kunnen voorbereiden. De verweren van Kijkshop zullen hierna, samengevat en voorzover hier van belang, bij de beoordeling worden vermeld.

Beoordeling

4.1 Kijkshop heeft aangevoerd dat de Staat niet ontvankelijk is in zijn vorderingen. Kijkshop voert allereerst in dit verband aan dat de vorderingen in de dagvaarding onvoldoende concreet zijn omschreven en dat voorts niet duidelijk is jegens wie de publicatie onrechtmatig zou zijn en op grond waarvan. Na het wijzigen van de eis en de gegeven toelichting ter comparitie, heeft de Staat zijn vorderingen voldoende concreet omschreven, en met name expliciet gesteld dat deze zien op de afbeelding zoals door Kijkshop gepubliceerd in het kader van de moederdagcampagne 2004. Daarnaast heeft de Staat toegevoegd dat hij de publicatie zowel jegens de Staat als jegens Balkenende in privé onrechtmatig acht. Voorzover Kijkshop dit verweer heeft willen handhaven, wordt het gezien de explicitering van de vorderingen in de wijziging van eis verworpen. Bij de verdere beoordeling van de ontvankelijkheid wordt hierna onderscheid gemaakt tussen de eigen vordering van de Staat, en de vordering voorzover deze is ingesteld namens Balkenende in privé.

4.2 Met betrekking tot de ontvankelijkheid van de eigen vordering van de Staat het volgende.

Door Kijkshop wordt betwist dat de Staat een rechtens te respecteren eigen belang bij de vordering heeft, in welk verband Kijkshop heeft aangevoerd dat de persoonlijke levenssfeer van Balkenende een louter particulier belang betreft. De Staat voert hiertegenover echter aan dat het tot zijn taak als werkgever behoort de persoonlijke levenssfeer van de leden van de regering te beschermen.

De rechtbank overweegt als volgt.

De minister-president is orgaan van de Staat en als ambtenaar werkzaam in dienst van de Staat. De Staat zegt op te treden als werkgever van Balkenende. De Staat heeft als werkgever voor goede arbeidsomstandigheden te zorgen. Die zorg kan zich uitstrekken tot bescherming van de (fysieke) persoonlijke levenssfeer. Dat die zorg zich ook uitstrekt tot bescherming tegen onrechtmatige publicaties als de onderhavige is niet vanzelfsprekend. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, kan niet gezegd worden dat de Staat als werkgever van Balkenende bij deze vordering voldoende belang heeft. Nu de Staat voorts heeft aangegeven dat de vordering niet wordt gegrond op de artikelen 3:305 a en b BW, behoeft het ten aanzien van deze artikelen door Kijkshop gevoerde verweer geen bespreking.

4.3 Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat de Staat, wegens het ontbreken van een belang in de zin van artikel 3:303 BW, in zijn eigen vordering niet ontvankelijk zal worden verklaard. De Staat zal derhalve worden veroordeeld in de proceskosten voorzover gevallen aan de zijde van Kijkshop en voorzover deze zien op de eigen vordering van de Staat. Deze proceskosten worden echter tot aan deze uitspraak begroot op nihil.

4.4 Met betrekking tot de vordering van de Staat, voorzover deze is ingesteld namens Balkenende in privé, wordt als volgt overwogen.

Alhoewel niet duidelijk is waarom Balkenende niet persoonlijk is opgekomen voor zijn belangen en hij niet in eigen naam een procedure tegen Kijkshop heeft geëntameerd, hetgeen meer voor de hand had gelegen, is op zichzelf toelaatbaar dat de Staat, krachtens de door Balkenende afgegeven volmacht, namens hem in deze procedure optreedt. Een burgerlijke rechtsvordering kan immers ingesteld worden door een gevolmachtigde van de gerechtigde, zolang deze duidelijk stelt namens wie hij optreedt en de rolverdeling in het civiele proces helder is. Dat is hier het geval; de Staat is de formele procespartij en Balkenende de materiële partij. Het gaat dus om de rechten en belangen van Balkenende zelf. Daarom leidt het optreden van de Staat als (onder)gevolmachtigde van Balkenende niet, zoals Kijkshop heeft betoogd, tot een ongelijkwaardige procespositie van partijen.

Een volgende complicatie is, dat Balkenende niet de Staat, maar de Secretaris Generaal van het Ministerie van Algemene Zaken heeft gevolmachtigd, die op zijn beurt de Staat heeft gemachtigd. Ook deze (om)weg is toelaatbaar.

De door Balkenende in zijn volmacht genoemde Secretaris Generaal van het Ministerie van Algemene Zaken is een specifieke, voldoende bepaalde persoon, te weten Kuijken. Daarnaast voorziet deze volmacht in de mogelijkheid van een ondervolmacht. Nu Kijkshop onvoldoende gemotiveerd heeft betwist dat sprake is geweest van een dergelijke Kuijken gegeven mondelinge ondervolmacht aan de Staat, wordt hiervan in het hiernavolgende uitgegaan.

Gelet op het vorenstaande wordt de Staat, voorzover deze optreedt namens Balkenende in privé, in zijn vordering ontvankelijk geacht.

5.1 De rechtbank stelt het volgende voorop. Kijkshop heeft de afbeelding van Balkenende gebruikt in een commerciële reclame-uiting. Daarbij heeft Kijkshop Balkenende afgebeeld als peuter en zijn voor- en achternaam veranderd door 'J-Peeetje', hetgeen beide denigrerend is. De afbeelding van het gezicht van Balkenende vertoont karakteristieke kenmerken van Balkenende (haardracht, bril, gelaatsuitdrukking), zodat sprake is van een portret in de zin van de Auteurswet. Onbetwist is gebleven dat het portret niet in opdracht van of namens Balkenende is vervaardigd, zodat de afbeelding een portret oplevert in de zin van artikel 21 Aw.

5.2 De bescherming die artikel 21 Aw de geportretteerde, in dit geval Balkenende, toekent, met name tegen inbreuk op zijn recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer, brengt mee dat de geportretteerde in beginsel steeds een redelijk belang zal hebben om zich te verzetten tegen gebruik van zijn portret, zonder zijn toestemming, als ondersteuning van een commerciële reclame-uiting. Alleen al het bezwaar tegen het in verband worden gebracht met een anderszins commerciële activiteiten vormt in beginsel een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, en brengt mee dat sprake is van een redelijk belang als bedoeld in artikel 21 Aw. Een en ander is niet anders voor politici die uit hoofde van hun functie hun portret niet kunnen commercialiseren, zoals Balkenende. Uit hoofde van zijn positie in ons staatsbestel kan hij er gereede bezwaren tegen hebben dat zijn portret ongevraagd door een individuele onderneming voor commerciële doeleinden wordt gebruikt. Daarvoor is niet nodig dat de ontvangers van de folders en het winklend publiek denken dat Balkenende zijn persoonlijke medewerking aan de reclamecampagne heeft verleend of daarvoor geld heeft ontvangen. Kijkshop brengt immers haar producten in verband met Balkenende, zodat een al dan niet onbewuste associatie zal ontstaan tussen Balkenende en de producten van de Kijkshop. Een en ander wordt niet anders indien het, zoals hier, niet gaat om een gepubliceerde foto, maar om een tekening, nu ook die tekening een portret van Balkenende oplevert. Tenslotte is van belang, dat de afbeelding en de slagzin denigrerend zijn voor Balkenende.

5.3 Ter beoordeling staat vervolgens de vraag of voornoemde inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van Balkenende ook onrechtmatig jegens hem is, dan wel dat deze inbreuk wordt gerechtvaardigd door het recht van Kijkshop op vrijheid van meningsuiting. Bij de beantwoording van deze vraag dienen de wederzijdse belangen, met inachtneming van alle bijzondere omstandigheden van het geval, tegen elkaar te worden afgewogen en moet worden nagegaan welke recht zwaarder weegt, het recht van Balkenende op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer, ofwel het recht van Kijkshop op vrijheid van meningsuiting. Nu de vordering verder door de Staat namens Balkenende is ingesteld, is daarbij een horizontale werking van grondrechten aan de orde. Hetgeen Kijkshop in dit verband heeft aangevoerd, rechtvaardigt naar het oordeel van de rechtbank niet de conclusie dat haar recht op vrijheid van meningsuiting in dit geval zwaarder weegt dan het recht van Balkenende op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer. Kijkshop voert aan dat zij met de onderhavige reclamecampagne een politieke boodschap uitdraagt en een link legt met het bezuinigingsbeleid van het kabinet. De Staat betwist dat. Wat daarvan zij, de reclamecampagne van Kijkshop is niet gericht op het brengen van een politieke boodschap, maar op verkoop van Kijkshopproducten. Het commerciële belang van Kijkshop om voor de door haar aangeboden waren reclame te maken, hoezeer het ook mede valt onder de bescherming van artikel 10 EVRM, weegt niet zwaar genoeg om een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van Balkenende te kunnen rechtvaardigen. Datzelfde geldt voor de eventuele auteursrechtelijke bescherming waarop Kijkshop aanspraak maakt gelet op het creatieve en satirische karakter van de afbeelding. Voorzover al van een aan Kijkshop toekomend auteursrecht gesproken kan worden, gaat de ook daaruit voortvloeiende bescherming

niet zover dat deze een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van Balkenende rechtvaardigt. Ook het argument van Kijkshop dat de afbeelding een bij uitstek satirisch karakter heeft waardoor een uitgebreider beroep op de uitingenvrijheid mogelijk wordt, gaat hier niet op omdat de afbeelding gebruikt wordt om de producten van Kijkshop te verkopen. Daarin zit het verschil met programma's als Kopspijkers, dat geen producten maar alleen zichzelf verkoopt. Ook in de stelling van Kijkshop 'hoge bomen vangen veel wind' ziet de rechtbank geen rechtvaardiging voor Kijkshop om bij het promoten van haar producten een denigrerende afbeelding van Balkenende te gebruiken.

Uit het vorenstaande volgt dat de openbaarmaking van de afbeelding van Balkenende door Kijkshop, zoals hier aan de orde, onrechtmatig jegens Balkenende wordt geacht.

5.4 Gelet op het vorenstaande komt de gevorderde verklaring voor recht als na te melden voor toewijzing in aanmerking. Dit levert een beperking op van de vrijheid van meningsuiting in de zin van artikel 10 lid 2 EVRM die in dit geval in een democratische samenleving noodzakelijk wordt geacht ter bescherming van de gerechtvaardigde belangen van Balkenende.

Dat Kijkshop in deze procedure aangeeft niet voornemens te zijn in de toekomst portretten van politici voor reclamedoelinden te gaan gebruiken, staat voorts niet aan het toewijzen van deze verklaring voor recht in de weg. Daarbij wordt relevant geacht dat Kijkshop, voor het opstarten van de procedure maar na ontvangst van een sommatiebrief van de Staat, weliswaar heeft afgezien van het gebruik van de afbeelding van Balkenende voor de geplande vaderdagcampagne 2004, maar dat zij geen aansprakelijkheid heeft erkend en evenmin (schriftelijk) heeft bevestigd in de toekomst in het geheel geen gebruik van de afbeelding meer te zullen maken, waardoor de Staat, optredend namens Balkenende, wel degelijk nog belang heeft bij de gevraagde verklaring voor recht.

5.5 Met betrekking tot de gevorderde schade (op te maken bij staat) wordt als volgt overwogen.

Overeenkomstig het bepaalde in artikel 612 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zal de rechtbank de schade zelf begroten. Nu Balkenende in beginsel niet over zogenaamde verzilverbare populariteit beschikt, komt alleen de door hem geleden immateriële schade voor vergoeding in aanmerking. Redelijkerwijs wordt Balkenende op dit punt, met de toewijzing van de gevraagde verklaring voor recht, geacht voldoende schadeloos te zijn gesteld. Door de Staat zijn onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld waaruit kan worden afgeleid dat Balkenende daarenboven nog daadwerkelijk aanvullende immateriële schade heeft geleden die voor vergoeding in aanmerking dient te komen en die nog niet afdoende met de toe te wijzen verklaring voor recht wordt gecompenseerd.

5.6 Kijkshop zal, als de overwegend in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de proceskosten.

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart de Staat niet ontvankelijk in zijn vordering voorzover deze is ingesteld namens zichzelf;
- veroordeelt de Staat in de proceskosten voorzover deze zien op de eigen vordering van de Staat, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Kijkshop begroot op nihil;
- verklaart voor recht dat de publicatie door Kijkshop van het portret van Balkenende, in de door Kijkshop ten behoeve van de moederdagcampagne 2004 en ter aanprijzing van haar goederen verspreide folders en in haar winkels opgehangen posters, onder verwijzing naar zijn naam, jegens Balkenende onrechtmatig is;
- veroordeelt Kijkshop in de proceskosten, tot aan deze uitspraak aan de zijde van de Staat begroot op € 342,78 aan verschotten en € 904,- voor salaris procureur;
- verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;
- wijst af het meer of anders gevorderde.

Gewezen door mr. W. Tonkens-Gerkema, lid van genoemde kamer, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 2 februari 2005 in tegenwoordigheid van de griffier.

Noot

De Discodanser opgerekt?

Dirk Visser

D.J.G. Visser is hoogleraar intellectuele eigendom in Leiden en advocaat te Amsterdam (Klos Morel Vos & Schaap).

In zijn arrest van 2 mei 1997 (NJ 1997, 661) over de Discodanser stelde de Hoge Raad

'dat de bescherming die art. 21 AW [...] de geportretteerde toekent met name tegen inbreuk op zijn recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer, meebrengt dat de geportretteerde in beginsel steeds een redelijk belang zal hebben om zich te verzetten tegen gebruik van zijn portret als ondersteuning van een commerciële reclameuiting'.

Deze overweging lijkt in het onderhavige vonnis door de Amsterdamse rechtbank eenvoudig te worden toegepast. De Hoge Raad liet echter op het voorgaande volgen:

'De opname van een portret in een reclame voor een produkt of dienst heeft immers tot gevolg dat de geportretteerde door het publiek geassocieerd zal worden met dat produkt of die dienst, waarbij het publiek in het algemeen – en doorgaans terecht – ervan uit zal gaan dat het gebruik van het portret niet zal zijn geschied zonder toestemming van de geportretteerde en de opname van het portret in de reclame-uiting zal opvatten als een *blijk van publieke ondersteuning* van het produkt of de dienst door de geportretteerde. Op deze gronden is het op een dergelijke wijze gebruiken van een portret in beginsel aan te merken als een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de geportretteerde. Dit brengt mee dat in beginsel sprake is van een redelijk belang als bedoeld in art. 21 AW, dat zich tegen die openbaarmaking verzet.' (curs. DV)

Deze onderbouwing vinden wij in het onderhavige vonnis echter niet terug:

De bescherming die artikel 21 Aw de geportretteerde, in dit geval Balkenende, toekent, met name tegen inbreuk op zijn recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer, brengt mee dat de geportretteerde in beginsel steeds een redelijk belang zal hebben om zich te verzetten tegen gebruik van zijn portret, zonder zijn toestemming, als ondersteuning van een commerciële reclame-uiting. Alleen al het bezwaar tegen het in verband worden gebracht met een anders commerciële activiteiten vormt in beginsel een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, en brengt mee dat sprake is van een redelijk belang als bedoeld in artikel 21 Aw.

Schijn van publieke ondersteuning niet vereist

Het is duidelijk dat de Amsterdamse rechter een belangrijke, mogelijk essentiële, stap in de redenering van de Hoge Raad overslaat: het feit dat het publiek e.e.a. zal opvatten als 'publieke ondersteuning'.

Een en ander is niet anders voor politici die uit hoofde van hun functie hun portret niet kunnen commercialiseren, zoals Balkenende. Uit hoofde van zijn positie in ons staatsbestel kan hij er gerede bezwaren tegen hebben dat zijn portret ongevraagd door een individuele onderneming voor commerciële doeleinden wordt gebruikt. Daarvoor is niet nodig dat de ontvangers van de folders en het winklend publiek denken dat Balkenende zijn persoonlijke medewerking aan de reclamecampagne heeft verleend of daarvoor geld heeft ontvangen.

Met deze laatste overweging wekt de rechtbank de indruk dat niet relevant is of het publiek ervan uit zal gaan dat het gebruik van het portret niet zal zijn geschied zonder *toestemming* van Balkenende en de opname van het portret in de reclame-uiting zal opvatten als een *blijk van publieke ondersteuning* van het product of de dienst door Balkenende. Maar zeker is dat niet, want 'medewerking' is iets anders dan 'toestemming' en 'geld ontvangen' is iets anders dan 'blijk geven van publieke ondersteuning'.

Associatie voldoende

Maar bij deze advertentie maakt het niet veel uit: niemand zal denken dat Balkenende hier toestemming voor heeft gegeven of dat hij de Kijkshop op deze manier publiekelijk wil ondersteunen. Daarmee is er een essentieel verschil met de discodanser. De rechtbank stapt daar echter probleemloos over heen: iedereen heeft altijd recht om zich te verzetten tegen gebruik van zijn portret in reclame, demogelijke

indruk van toestemming of ondersteuning doet niet ter zake. Volgende is dat 'een al dan niet onbewuste associatie zal ontstaan'. Er is kennelijk altijd sprake van een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer.

Deze 'oprekking van de discodanser' lijkt mij niet zo gelukkig. Het is bepaald aannemelijk dat nu nog meer mensen menen te moeten gaan 'claimen' als hun portret in een advertentie wordt gebruikt. Wanneer er sprake is van denigrerend en prominent gebruik valt daar wel wat mij betreft bij onbekende Nederlanders zeker wat voor te zeggen, terwijl sporters en artiesten zich op hun commerciële portrecht kunnen beroepen. Politici zouden het zich m.i. beslist moeten laten welgevalen, zolang er tenminste geen sprake is van misleiding of verwarring bij het publiek. 'Al dan niet onbewuste associatie laten ontstaan' vind ik echt te mager om een politicus een verbodsrecht ten aanzien van portretgebruik te geven. Politici zijn gewoon een beetje publiek domein.

De verabsolutering van het privacy-portretrecht ten aanzien van reclame die de Amsterdamse rechtbank hier voorstaat, zal er toe leiden dat er ook voor allerlei terloops en onschuldig portretgebruik (groepen mensen die in beeld komen, toevallige passanten in commercials) geclaimd gaat worden. Dergelijke claims die nu al regelmatig voorkomen, komen meestal niet voor de rechter, maar worden voor een paar honderd of een paar duizend euro geschikt. Dit soort consequenties onttrekken zich vaak aan de waarneming van rechters en rechtswetenschappelijke commentatoren, maar ze zijn er wel en ze zijn onwenselijk. Op deze manier zal het privacy-portretrecht in de praktijk als een commercieel portretrecht worden uitgeoefend. Gecombineerd met het recent door Hoge Raad (HR 2 mei 2003, *Mediaforum* 2003-6, nr. 30 m.nt. G.A.I. Schuijt, NJ 2004, 80 m.nt. E.J. Dommering; *Storms*) in een geheel ander context verder opgerechte portretbegrip (kortweg: alles wat tot herkenning kan leiden is een portret) zal het aantal portretrechtclaims van onbekende Nederlanders nog verder toenemen.

Hoge bomen

Hoge bomen behoeven ook niet te accepteren dat zij veel wind vangen. Balkenende kan 'uit hoofde van zijn positie in ons staatsbestel' 'gerede bezwaren' hebben, hetgeen kennelijk betekent dat deze ook in rechte moeten worden gehonoreerd. Waaróm wordt niet duidelijk.

Het portretgebruik is ook nog eens denigrerend en dat blijkt ook van belang. Gezien de algemene stellingname van de rechtbank, was dit portretgebruik ook zonder het denigrerende karakter al onrechtmatig geweest, zelfs als het 'respectvol' o.i.d. was geweest. Onze minister-president behoeft niet te dulden dat er een voor hem denigrerende tekening en slagzin wordt gebruikt om producten of diensten aan te prijzen. 'Daarin zit het verschil met programma's als Kopspijkers, dat geen producten maar alleen zichzelf verkoopt'. Satire *an sich* mag dus wel, maar satire voor commerciële doeleinden mag niet. Zou satire bij de commerciële omroep wel mogen?

Artikel 10 EVRM

Het beroep op de informatievrijheid wordt met de geijkte formuleringen verworpen: 'Het commerciële belang van Kijkshop om voor de door haar aangeboden waren reclame te maken, hoezeer het ook mede valt onder de bescherming van artikel 10 EVRM, weegt niet zwaar genoeg om een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van Balkenende te kunnen rechtvaardigen'. Ook deze formulering, inclusief het 'hoe zeer ook', komt vrijwel letterlijk van de discodanser. Bij een belangenafweging komt het aan op het gewicht dat men aan belangen toekent. De kern van het probleem zit in het feit dat een tamelijk onschuldig tekeningetje van een politicus in een reclame voor een koffiezetapparaat wordt gekwalificeerd als 'een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer'. Na deze kwalificatie verbaast het niet dat het commerciële belang van de Kijkshop het hier tegen moet afleggen. Wanneer wij niet spreken over 'inbreuk op de persoonlijke levenssfeer', maar over 'het gebruik van zijn portret in de vorm van een tekeningetje in een reclame voor een koffiezetapparaat' en dit afwegen tegen het grondrecht van de informatievrijheid dat blijkens de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van Mensen ook ziet op commerciële communicatie, klinkt de belangenafweging geheel anders en zal deze daarom vermoedelijk anders uitvallen.

Als men terug zou gaan naar de tekst van artikel 21 Aw zou men zich kunnen afvragen of een vooraanstaand politicus er nu een 'redelijk belang' bij heeft om zich te verzetten tegen het gebruik van zijn portret in de vorm van een tekeningetje in een reclame voor een koffie-

zetapparaat, geven het feit dat niemand zal denken dat hij er aan heeft meegewerkt of toestemming voor heeft gegeven. Als men aansluit bij (de rechtspraak over) art. 10 EVRM kan men zich afvragen of er een 'pressing social need' is 'necessary in a democratic society' dat een minister-president zich kan verzetten tegen het gebruik van zijn portret in de vorm van een tekeningetje in een reclame voor een koffiezetapparaat.

De Staat en de anonieme premier

De poging van de Staat om als werkgever van de premier de reclame te verbieden wordt gelukkig wel afgewezen. Desondanks is Balkenende als procespartij zover mogelijk weggekropen. Hij procedeerde niet zelf maar gaf een notariële volmacht aan zijn Secretaris-Generaal die vervolgens weer een mondelinge volmacht gaf aan de Staat der Nederlanden. Het vonnis werd aanvankelijk op internet gepubliceerd mét vermelding van de naam van Balkenende, maar werd in de loop van de dag vervangen door een geanonimiseerde versie waarin zijn naam was vervangen door '[minister-president]'. De vermelding van de naam was vermoedelijk ook weer een 'aantasting van de persoonlijke levenssfeer'.

Als de bevoegdheid van de Staat om dit soort acties zelfstandig in te stellen zou worden erkend, zouden ijerige RVD-ambtenaren voortaan ieder gebruik van portretten van ministers kunnen gaan aanschrijven, terwijl de ministers zelf op afstand zouden kunnen blijven en zelfs de indruk zouden kunnen wekken dat zij er zelf niet zo'n probleem mee hebben. Nu moeten de ministers tenminste zelf duidelijk aangeven dat ze zo licht geraakt zijn dat zij bezwaar willen maken het gebruik van een portret in de vorm van een tekeningetje in een reclame. Dan kunnen ze daar tenminste nog publiek en politiek op worden afgerekend.

Nr. 10 Tele2 e.a. vs. OPTA

Rechtbank Rotterdam 23 december 2004

Reg.nrs.: TELEC 03/2420 t/m 03/2422, 04/307, 04/312 t/m 04/315, 04/321 t/m 04/329, 04/331 en 04/332-HRK

Uitspraak in de gedingen tussen:

1. Tele2 Nederland BV (hierna: Tele2), gevestigd te Amsterdam, eiseres 1 (reg.nrs. TELEC 03/2420 t/m 03/2422-HRK), gemachtigde mr. E. F. van Hasselt, advocaat te Amsterdam,
2. UPC Nederland BV (hierna: UPC), gevestigd te Amsterdam, eiseres 2 (reg.nrs. TELEC 04/313 t/m 04/315 en 04/328-HRK),
3. MCI WorldCom BV (hierna: MCI), gevestigd te Amsterdam, eiseres 3 (reg.nr. TELEC 04/307-HRK),
4. Priority Telecom Netherlands BV (hierna: Priority), gevestigd te Amsterdam, eiseres 4 (reg.nrs. TELEC 04/321, 04/324 en 04/327-HRK),
5. Enertel NV (hierna: Enertel), gevestigd te Rotterdam, eiseres 5 (reg.nrs. TELEC 04/312, 04/323, 04/326 en 04/332-HRK),
6. Versatel Nederland BV (hierna: Versatel), gevestigd te Amsterdam, eiseres 6 (reg.nrs. TELEC 04/322, 04/325, 04/329 en 04/331-HRK), gemachtigde van eiseressen 3 t/m 6 mr. F. P. Sickinghe te Abcoude, secretaris van de Associatie van Competitieve Telecom operators (ACT) en ten aanzien van zaak TELEC 04/325-HRK mr. P. Burger, advocaat te Amsterdam,

en

de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit, verweerder, gemachtigde mr. A.Th. Meijer, advocaat te Den Haag,

met als derde-partij:

KPN Telecom BV (hierna: KPN), gevestigd te Den Haag, gemachtigde mr. Q.R. Kroes, advocaat te Den Haag.

1.1 Ontstaan en loop van de procedure ten aanzien van – kort gezegd – EDC IIA

Bij besluit van 29 november 1999 heeft verweerder het Embedded Direct Costs (EDC)-kosten-toerekeningssysteem van KPN voor interconnectie- en bijzondere toegangsdiensten, zoals dat op 29 april 1999 door KPN aan verweerder ter beschikking is gesteld, goedgekeurd.

Tegen dit besluit hebben onder meer eiseressen 2, 5 en 6 bij brieven van respectievelijk 5 en 6 januari 2000 een bezwaarschrift ingediend. Bij brief van 21 april 2000 hebben voornoemde eiseressen gezamenlijk de gronden van het bezwaar ingediend.

Bij besluit van 23 december 2003 heeft verweerder de bezwaren van eiseressen 2, 5 en 6 ongegrond verklaard

Tegen dit besluit (hierna: besluit I) hebben eiseressen 2, 5 en 6 bij brieven van respectievelijk 2 februari 2004 en 30 januari 2004 beroep ingesteld (reg.nrs. TELEC 04/313, 04/332 en 04/331-HRK). Bij afzonderlijke brieven van 25 maart 2004 hebben zowel eiseres 2 als eiseressen 5 en 6 (gezamenlijk) de beroepsgronden ingediend.

1.2 Ontstaan en loop van de procedure ten aanzien van – kort gezegd – EDC III

Bij besluit van 4 december 2000 heeft verweerder – voor zover hier van belang – het bij brief van 13 oktober 2000 door KPN ingediende voorstel voor de volgens KPN te gelden overgangstarieven voor de periode tussen 1 juli 2000 tot 1 juli 2001 (na correcties) goedgekeurd.

Tegen dit besluit hebben onder meer eiseressen 1, 2 en 4 t/m 6 bij brieven van respectievelijk 24, 18 en 12 januari 2001 een bezwaarschrift ingediend.

Bij besluit van 9 juli 2003 (hierna: besluit IIA) heeft verweerder het bezwaar van eiseres 1, wat betreft het niet op kosten reguleren van het tarief van de transitdienst voorlopig aangehouden, en voor het overige ongegrond verklaard.

Bij besluit van 23 december 2003 (hierna: besluit IIB) heeft verweerder het bezwaar van eiseres 1, voor zover dat betrekking heeft op het niet op kosten reguleren van de transitdienst, ongegrond verklaard.

Bij besluit van 23 december 2003 (hierna: besluit IIC) heeft verweerder

de bezwaren van zowel eiseres 2 als eiseressen 4 t/m 6 ongegrond verklaard.

Tegen besluit IIA heeft eiseres 1 bij brief van 12 augustus 2003 beroep ingesteld (TELEC 03/2421-HRK). Bij brief van 16 september 2003 heeft eiseres 1 de gronden van het beroep ingediend. Bij brief van 3 februari 2004 heeft eiseres 1 aangegeven dat tevens geacht moet worden beroep te zijn ingesteld tegen besluit IIB. Bij brief van 24 augustus 2004 heeft eiseres 1 de beroepsgronden ten aanzien van besluit IIB nader aangevuld.

Tegen besluit IIC hebben eiseressen 2, 4, 5 en 6 bij brieven van respectievelijk 2 februari 2004 en 29 en 30 januari 2004 beroep ingesteld (TELEC 04/328, 04/327, 04/312 en 04/329-HRK). Bij afzonderlijke brieven van 25 maart 2004 hebben zowel eiseressen 2 en 4 als eiseressen 5 en 6 (gezamenlijk) de gronden van het beroep ingediend.

1.3 Ontstaan en loop van de procedure ten aanzien van – kort gezegd – EDC IV

Bij besluit van 29 juni 2001 heeft verweerder – voor zover hier van belang – goedkeuring verleend aan de op 26 juni 2001 door KPN onder verwijzing naar het zogeheten Bottom Up Long Run Incremental Costs (BULRIC)-systeem voor haar terminating access-dienstverlening en de daarmee verbonden toegangspoorten voorgestelde tarieven. Daarnaast heeft verweerder ter zake van de periode 1 juli 2001 tot 1 juli 2002 goedkeuring verleend aan de tarieven voor bijzondere (en ontbundelde) toegang, zoals door KPN voorgesteld in het document Het EDC-kostentoerekeningssysteem van KPN van 27 april 2001. Op 5 juli 2001 heeft verweerder in een afzonderlijk document de motivering bekend gemaakt.

Tegen dit besluit hebben de eiseressen 1 t/m 6 bij brieven van respectievelijk 1, 2, 3 en 8 augustus 2001 een bezwaarschrift ingediend.

Bij besluit van 9 juli 2003 (hierna: besluit IIIA) heeft verweerder het bezwaar van eiseres 1, voor zover het zich richt tegen de hoogte van het Carrier Pre Selectie (hierna: CPS)-mutatietarief gegrond verklaard en het besluit van 29 juni 2001 in die zin herzien dat het CPS-mutatietarief voor de periode 1 juli 2001 tot 1 juli 2002 € 1,07 (excl. BTW) bedraagt. Daarnaast heeft verweerder het bezwaar van eiseres 1, voor zover dat bezwaar betrekking heeft op de tarieven voor de originating poorten niet-ontvankelijk verklaard en het bezwaar voor wat betreft het niet op kosten reguleren van het tarief van de transitdienst voorlopig aangehouden.

Bij besluit van 23 december 2003 (hierna: besluit IIIB) heeft verweerder het bezwaar van eiseres 1, voor zover dat betrekking heeft op het niet op kosten reguleren van de transitdienst, ongegrond verklaard.

Bij besluit van 23 december 2003 (hierna: besluit IIIC) heeft verweerder – voor zover hier relevant – het bezwaar van eiseres 3 gegrond verklaard en het besluit van 29 juni 2001 in die zin herzien dat het CPS-mutatietarief voor de periode 1 juli 2001 tot 1 juli 2002 € 1,07 (excl. BTW) bedraagt, en de overige bezwaren van eiseressen 2, 4, 5 en 6 ongegrond verklaard.

Tegen besluit IIIA heeft eiseres 1 bij brief van 12 augustus 2003 beroep ingesteld (TELEC 03/2422-HRK). Bij brief van 16 september 2003 heeft eiseres 1 de gronden van het beroep ingediend. Bij brief van 3 februari 2004 heeft eiseres 1 aangegeven dat tevens geacht moet worden beroep te zijn ingesteld tegen besluit IIIB. Bij brief van 24 augustus 2004 heeft eiseres 1 de beroepsgronden ten aanzien van besluit IIIB nader aangevuld.

Tegen besluit IIIC hebben eiseressen 2 t/m 6 bij brieven van respectievelijk 2 februari 2004 en 29 en 30 januari 2004 beroep ingesteld (TELEC 04/314, 04/307, 04/321, 04/323 en 04/322-HRK). Bij afzonderlijke brieven van 25 maart 2004 hebben zowel eiseressen 2 en 4 als eiseressen 3, 5 en 6 (gezamenlijk) de beroepsgronden ingediend.

1.4 Ontstaan en loop van de procedure ten aanzien van – kort gezegd – EDC V

Bij besluit van 27 juni 2002 heeft verweerder – voor zover hier van belang – voor de periode 1 juli 2002 tot 1 september 2003 goedkeuring verleend aan de op 25 juni 2002 door KPN onder verwijzing naar het zogeheten BULRIC-systeem voor haar terminating access-dienstverlening en de daarmee verbonden toegangspoorten aan verweerder voorgestelde tarieven. Daarnaast heeft verweerder ter zake van de periode 1 juli 2002 tot 1 juli 2003 goedkeuring verleend aan de tarieven voor bijzondere (en ontbundelde) toegang. Op 8 juli 2002 heeft verweerder in een afzonderlijk document de motivering bekend gemaakt.

Tegen dit besluit hebben onder meer eiseressen 1, 2 en 4 t/m 6 bij brieven van respectievelijk 7 augustus, 30 en 31 juli 2002 een bezwaarschrift ingediend.

Bij besluit van 9 juli 2003 (hierna: besluit IVa) heeft verweerder het bezwaar van eiseres 1 met betrekking tot de in het besluit van 27 juni 2002 niet-gereguleerde Network Interconnection Tests (hierna: NIT)-tarieven gegrond verklaard. Verweerder heeft daarbij bepaald dat het besluit van 27 juni 2002 ook betrekking heeft op de NIT-tarieven en heeft deze voor de periode vanaf 1 juli 2002 tot 1 juli 2003 nader vastgesteld. Daarnaast heeft verweerder het bezwaar van eiseres 1, voor zover dat bezwaar betrekking heeft op het niet-reguleren van het tarief voor de transitdienst, voorlopig aangehouden. Voor het overige heeft verweerder de bezwaren van eiseres 1 ongegrond verklaard.

Bij besluit van 23 december 2003 (hierna: besluit IVb) heeft verweerder het bezwaar van eiseres 1, voor zover dat betrekking heeft op het niet op kosten reguleren van de transitdienst, ongegrond verklaard.

Bij besluit van 23 december 2003 (hierna: besluit IVc) heeft verweerder – voor zover hier relevant – het bezwaar van eiseres 6 gegrond verklaard en het besluit van 27 juni 2002 in die zin herzien dat daarbij tevens de NIT-tarieven voor de periode 1 juli 2002 tot 1 juli 2003 zijn vastgesteld. Daarnaast heeft verweerder de overige bezwaren van zowel eiseres 2 als eiseressen 4 t/m 6 ongegrond verklaard.

Tegen besluit IVa heeft eiseres 1 bij brief van 12 augustus 2003 beroep ingesteld (TELEC 03/2420-HRK). Bij brief van 16 september 2003 heeft eiseres 1 de gronden van het beroep ingediend. Bij brief van 3 februari 2004 heeft eiseres 1 aangegeven dat tevens geacht moet worden beroep te zijn ingesteld tegen besluit IVb. Bij brief van 24 augustus 2004 heeft eiseres 1 de beroepsgronden ten aanzien van besluit IVb nader aangevuld.

Tegen besluit IVc hebben eiseressen 2, 4, 5 en 6 bij brieven van respectievelijk 2 februari 2004 en 29 en 30 januari 2004 beroep ingesteld (TELEC 04/315, 04/324, 04/326 en 04/325-HRK). Bij afzonderlijke brieven van 25 maart 2004 hebben zowel eiseressen 2 en 4 als eiseressen 5 en 6 (gezamenlijk) de gronden van het beroep ingediend. Bovendien heeft mr. Burger bij brief van 25 maart 2004 namens Versatel afzonderlijk nadere beroepsgronden ingediend.

1.5 Vervolg van de loop van de procedures

Daartoe door de rechtbank in de gelegenheid gesteld heeft KPN als partij aan deze procedures deelgenomen.

Verweerder heeft bij brief van 29 oktober 2004 ten aanzien van de onderhavige procedures één geïntegreerd verweerschrift ingediend.

Verweerder heeft bij het inzenden van de op de zaak betrekking hebbende stukken ten aanzien van (gedeelten van) een aantal stukken op grond van artikel 8:29, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) medegedeeld dat alleen de rechtbank daarvan kennis zal mogen nemen.

Bij beslissing van 2 september 2004 heeft de rechter-commissaris beperking van de kennisneming van de door verweerder ingezonden stukken ter zake van EDC II, behoudens één gedingstuk, gerechtvaardigd geacht, in die zin dat alleen de rechtbank daarvan kennis zal mogen nemen.

Bij beslissing van 3 september 2004 heeft de rechter-commissaris beperking van de kennisneming van de door verweerder ingezonden stukken ter zake van EDC V, behoudens een viertal gedingstukken, gerechtvaardigd geacht, in die zin dat alleen de rechtbank daarvan kennis zal mogen nemen.

Bij beslissingen van eveneens 3 september 2004 heeft de rechter-commissaris beperking van de kennisneming van de door verweerder ingezonden stukken ter zake van EDC III en IV gerechtvaardigd geacht, in die zin dat alleen de rechtbank daarvan kennis zal mogen nemen.

Bij brieven van 23 september 2004 heeft verweerder de rechtbank gevraagd de gedingstukken, waarvan de rechter-commissaris beperking van de kennisneming niet gerechtvaardigd achtte, in de openbare dossiers te geven.

Zowel KPN als eiseressen 3 tot en met 6 hebben toestemming als bedoeld in artikel 8:29, vijfde lid, van de Awb, verleend. Aangezien

eiseressen 1 en 2 evenwel geen toestemming als bedoeld in artikel 8:29, vijfde lid, van de Awb, hebben verleend kan de rechtbank niet mede op de grondslag van de stukken waarvan de rechter-commissaris beperking van de kennisneming gerechtvaardigd heeft geacht, uitspraak doen.

De rechtbank heeft aanleiding gezien om de negentien beroepszaken, onder toepassing van artikel 8:14, eerste lid, van de Awb, gevoegd te behandelen.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 25 november 2004. Tele2 heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde. UPC heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. B.J.M. van Zeeland. MCI, Priority, Enertel en Versatel hebben zich laten vertegenwoordigen door mr. F.P. Sickinghe. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigde. KPN heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde.

2. Overwegingen

2.1 Bevoegdheid rechtbank

Ingevolge het koninklijk besluit van 7 mei 2004, gepubliceerd in Staatsblad 2004/207 (uitgiftedatum 18 mei 2004), is de Wet implementatie Europees regelgevingskader voor de elektronische communicatie-sector 2002 (hierna: Implementatiewet) met ingang van 19 mei 2004 in werking getreden.

Artikel 17.1 van de Tw luidt met ingang van 19 mei 2004 als volgt.

1. Tegen besluiten die door het college zijn genomen op grond van hoofdstuk 6, 6A, 6B, 12 of 15, met uitzondering van besluiten als bedoeld in de artikelen 15.2a en 15.4, kan een belanghebbende beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.
2. In afwijking van artikel 8:7 van de Algemene wet bestuursrecht is voor beroep tegen besluiten, niet zijnde besluiten als bedoeld in het eerste lid, de rechtbank Rotterdam bevoegd.
3. Ten aanzien van besluiten die door het college zijn genomen op grond van hoofdstuk 6, 6A, 6B, of 12, blijft artikel 7:1 van de Algemene wet bestuursrecht buiten toepassing.
Ingevolge artikel 19.11 van de Tw – zoals deze met ingang van 19 mei 2004 luidt – is, op besluiten die door verweerder zijn genomen op grond van hoofdstuk 6, waartegen bezwaar of beroep kon worden ingesteld voor de inwerkingtreding van de Implementatiewet, in afwijking van artikel 17.1, eerste lid, de rechtbank bevoegd en blijft artikel 17.1, derde lid, buiten toepassing.

Gelet op het vorenstaande, de data van het primaire en bestreden besluit, alsmede artikel 17.1 van de Tw (oud) is de rechtbank derhalve (exclusief) bevoegd ter zake van dit geschil uitspraak te doen.

2.2 Juridisch kader (zoals dit luidde voor 19 mei 2004) [...]

2.3 Achtergrond

Gelet op de hierboven genoemde derde leden van de artikelen 6.6, 6.9 en 6.10 van de Tw dient KPN voor de toerekening van de kosten van interconnectie en bijzondere en ontbundelde toegang een systeem op te stellen dat de goedkeuring van verweerder behoeft. De bestreden besluiten zien op de bezwaren van onder meer eiseressen, gericht tegen de in de rubrieken 1.1 t/m 1.4 van deze uitspraak genoemde primaire besluiten van respectievelijk 29 november 1999, 4 december 2000, 29 juni 2001 en 27 juni 2002, welke strekken ter goedkeuring van de kostentoerekeningssystemen van KPN voor de wholesale diensten terminating access (interconnectie) en originating access (bijzondere toegang). Tevens worden daarbij – met ingang van het EDC IV-besluit – de tarieven voor MDF-access (ontbundelde toegang) goedgekeurd.

In de Richtsnoeren tariefregulering interconnectie- en bijzondere toegangsdiensten van 13 april 2001 (hierna: de Richtsnoeren) heeft verweerder het beleid geformuleerd op basis waarvan hij invulling zal geven aan de hem toekomende bevoegdheden ten aanzien van de verplichting tot kostenoriëntatie.

De kostentoerekeningssystemen van KPN zijn bedoeld om te kunnen beoordelen of de tarieven van KPN voldoen aan het beginsel van kostenoriëntatie. In de kostentoerekeningssystemen zoals die aan verweerder zijn voorgelegd wordt het beginsel van kostenoriëntatie ten aanzien van verschillende wholesalediensten verschillend ingevuld. De tarieven van bijzondere en ontbundelde toegang zijn gebaseerd

op het EDC-systeem en die van interconnectie aanvankelijk op EDC en met ingang van de tarieven voor het jaar 2001-2002 op BULRIC.

De differentiatie in kostenberekeningssystemen voor enerzijds bijzondere en ontbundelde toegang (EDC) en anderzijds interconnectie (BULRIC) vindt haar oorzaak in de door verweerder aangegeven onderscheidenlijke karakteristieken van beide vormen van dienstverlening. Ten aanzien van bijzondere en ontbundelde toegang wordt door verweerder gesteld dat er sprake kan zijn van een 'make or buy' beslissing terwijl bij interconnectie (voor verkeer dat een concurrent op KPN's netwerk door KPN moet laten afwikkelen) voor die concurrent geen keuzemogelijkheid bestaat.

De EDC-systematiek, ontwikkeld door KPN zelf, heeft de werkelijke kosten van de gereguleerde partij als uitgangspunt, terwijl de BULRIC-systematiek, ontwikkeld door verweerder en haar consulent NERA, de kosten van een hypothetische efficiënte aanbieder modelleert.

Het EDC-systeem wordt gevuld met daadwerkelijke kostengegevens van KPN afkomstig uit de meest recente goedgekeurde jaarrekening. Deze kosten worden volledig toegerekend aan de verschillende diensten waarop het systeem betrekking heeft. Als uitgangspunt geldt dat alle daadwerkelijk gemaakte kosten worden toegerekend aan diensten en uiteindelijk terechtkomen in de tarieven. De kosten worden verhoogd met een redelijk rendement op het geïnvesteerde vermogen, de zogeheten WACC (weighted average cost of capital). Hieruit vloeit een gemiddeld tarief voort, dat vervolgens moet worden ontmiddeld (opgesplitst) in een eenmalig tarief (starttarief) en een tarief per tijdseenheid, alsmede opgesplitst in piek- en dal tarieven.

In de BULRIC-benadering wordt in een technisch model het netwerk gemodelleerd ten aanzien waarvan verweerder veronderstelt dat dit voor een in een concurrerende omgeving volledig efficiënte, hypothetische operator thans zo zou worden ingericht en geëxploiteerd. Dit systeem staat niet toe dat bepaalde inefficiënte of uit het verleden verklaarbare kosten worden goedge maakt. Bovendien wordt bij de opbouw van het netwerk steeds uitgegaan van de meest moderne en dus meest efficiënte technieken. De ontwikkeling van het BULRIC-model is niet aan één marktpartij overgelaten, maar wordt gedragen door een onder leiding van verweerder uitgevoerde gezamenlijke inspanning van KPN en marktpartijen. Marktpartijen kunnen via een klankbordgroep input leveren voor de ontwikkeling van het BULRIC-model.

Hoewel artikel 6.6 van de Tw ervan uit gaat dat KPN degene is die de kostentoerekenings-systemen opstelt wordt aan het eind van het proces van het BULRIC-systeem – dat jaarlijks plaatsvindt – aan KPN verzocht of zij dat systeem als haar systeem ter goedkeuring bij verweerder wil indienen.

2.4. Standpunten van partijen

2.4.1.1 De collectieve standpunten van eiseressen 2 t/m 6 ten aanzien van de besluiten I, IIc, IIIc en IVc

Eiseressen zijn van opvatting dat de motivering van de vier bestreden besluiten, die qua strekking gelijklopend zijn, geen stand kan houden.

- Eiseressen hebben daaromtrent in de eerste plaats aangevoerd dat verweerder ten onrechte de tarieven die KPN handteert voor de transit en sleepdiensten niet heeft gereguleerd op basis van kostenoriëntatie (de standpunten ten aanzien van de sleepdienst zien daarbij enkel op eiseressen 2 en 4).

In dit kader wijzen eiseressen op de doelstelling van de Tw, bestaande uit het stimuleren van de totstandkoming van concurrentie en het creëren van een level playing field. De transit en sleepdiensten dienen naar de mening van eiseressen te worden gekwalificeerd als interconnectie- dan wel bijzondere toegangsdiensten, waardoor KPN op grond van artikel 6.6, eerste lid, van de Tw op kosten georiënteerde tarieven dient te hantieren.

Ondanks dat blijkens de bestreden besluiten niet ter discussie staat dat de transit en sleepdiensten van KPN als interconnectie in de zin van artikel 6.6, eerste lid, van de Tw dienen te worden aangemerkt, neemt verweerder toch de vrijheid de transit en sleepdiensten niet op basis van kostenoriëntatie te reguleren. Nu noch de Tw noch andere regelgeving verweerder de mogelijkheid toekent daarvan ontheffing te verlenen en ver-

weerder in dit verband geen discretionaire bevoegdheid toekomt had verweerder naar de mening van eiseressen zonder meer moeten overgaan tot het reguleren van de transit en sleepdiensten op basis van kostenoriëntatie. Door dat niet te doen handelt verweerder, aldus eiseressen, in strijd met de Tw.

Naar de mening van eiseressen kan verweerder niet worden gevolgd in zijn opvatting dat het onwenselijk is een strikte invulling aan de norm van kostenoriëntatie voor de transit en sleepdiensten van KPN te geven omdat hij de prikkels voor potentiële infrastructuurconcurrentie niet weg wilde nemen. De verplichting voor een partij met aanmerkelijke marktmacht om op kosten georiënteerde tarieven voor interconnectie te hanteren kan door verweerder niet op zodanige wijze worden gegeven, dat voor bepaalde vormen van interconnectie geen kostenoriëntatie behoeft te worden toegepast.

Eiseressen achten het dan ook onbegrijpelijk dat verweerder zonder nadere motivering weliswaar heeft vastgesteld dat transit en sleepdiensten interconnectiediensten zijn, doch niet is overgegaan tot hantering van enige vorm van kostenoriëntatie voor deze diensten van KPN.

- Eiseressen hebben daarnaast aangevoerd dat de besluiten om de tarieven voor de transit en sleepdiensten van KPN niet op basis van kostenoriëntatie te reguleren onvoldoende zijn gemotiveerd. Bovendien zijn de bestreden besluiten, gelet op de negatieve gevolgen daarvan voor partijen, naar de mening van eiseressen in strijd met het zorgvuldigheids- en evenredigheidsbeginsel.

Eiseressen zijn van mening dat, zeker ten tijde van de primaire besluiten, er nog onvoldoende economische alternatieven bestonden voor de transit en sleepdiensten en dat de situatie sindsdien niet noemenswaardig is veranderd.

Transitdienstverlening of sleep via andere aanbieders van telecommunicatiediensten kan volgens eiseressen enkel als alternatief worden gezien indien een andere aanbieder van telecommunicatiediensten dan KPN een dusdanig groot marktaandeel heeft verworven dat hij naar ieder van de gespreksafwikkelende partijen een economisch toereikend volume kan genereren. Gelet op het zeer geringe marktaandeel van partijen kan worden gesteld dat ten tijde van de bestreden besluiten geen van deze partijen op economisch verantwoorde wijze als transitoperator kon fungeren.

Ter zake van directe interconnectie met aanbieders van telecommunicatiediensten voor wiens eindgebruikers het verkeer bestemd is, wijzen eiseressen er op dat KPN, gelet op haar historische positie, de enige marktpartij is die kon beschikken over directe interconnectie met alle andere operators. Een operator die een netwerk wenste uit te rollen diende sowieso directe interconnectie met KPN aan te gaan. Interconnectie met andere aanbieders dan KPN verliep daarom in eerste instantie per definitie via KPN. Directe interconnectie is vanuit bedrijfseconomisch optiek dus pas een alternatief als door de betreffende aanbieder voldoende marktaandeel is verworven.

Volgens eiseressen zijn door het ontbreken van kostenoriëntatie de toetredingsdrempels tot de markt verhoogd. Het staat KPN immers vrij om haar transit tarieven vrij te laten fluctueren, afhankelijk van het ontstaan van mogelijke alternatieven in de markt. Een plotselinge prijsdaling zou meebrengen dat het aangaan van directe interconnectie met andere partijen niet meer economisch haalbaar is, hetgeen leidt tot een afwachtende houding van de marktpartijen. De vrees voor prijsdumping waardoor het ontstaan van alternatieven illusoir werd, heeft marktpartijen in de periode van de bestreden besluiten weerhouden om directe interconnectie aan te gaan dan wel zelf als transitoperator te gaan fungeren. Non-regulering van de transit tarieven is daar debet aan.

Eiseressen zijn voorts van mening dat de aannames en conclusies van verweerder in de bestreden besluiten puur theoretisch en onvoldoende gemotiveerd zijn. Verweerder heeft geen enkel relevant economisch onderzoek gedaan naar de marktomstandigheden en enkel, zonder empirisch onderzoek en zonder te weten wat de economische haalbaarheid was van directe interconnectie of het aanbieden van alternatieve tran-

sit en sleepdiensten, aangenomen dat marktpartijen de mogelijkheid hebben tot (directe) koppeling van hun netten. Louter het oogmerk van stimuleren van directe interconnectie kan naar de mening van eiseressen niet gelden als rechtvaardiging voor de besluiten om niet tot toetsing van de transit en sleep-tarieven van KPN op basis van kostenoriëntatie over te gaan.

Een zorgvuldige en evenredige belangenafweging had naar de mening van eiseressen moeten leiden tot het reguleren van transitdienstverlening en sleep op basis van kostenoriëntatie. Immers door de niet te vermijden transit en sleepkosten hebben partijen steeds een competitief nadeel geleden ten opzichte van KPN, die deze kosten niet heeft.

– Eiseressen hebben verder aangevoerd dat verweerder het rechtszekerheidsbeginsel heeft geschonden door onaanvaardbaar lang te wachten met het nemen van de bestreden besluiten over het al dan niet reguleren van de tarieven voor de transit en sleepdiensten van KPN. Naar de mening van eiseressen heeft de trage besluitvorming ertoe bijgedragen dat hun marktaandeel nog steeds bescheiden is en dat zij in deze belangrijke periode van ontwikkeling geconfronteerd zijn geweest met een onzekere marktsituatie.

2.4.1.2 Additionele beroepsgrond van UPC en Priority [...]

2.4.4.1 (Algemene) standpunten van verweerder zoals weergegeven in de bestreden besluiten

Verweerder stelt zich op het standpunt dat de keuze om de bijzondere toegang-tarieven van KPN te reguleren op basis van een EDC-model en niet op basis van een BULRIC-model reeds in de Richtsnoeren is gemotiveerd. In de opvatting van verweerder is de aard van de betreffende geregelde wholesale dienst van doorslaggevend belang. Dit heeft tot gevolg dat er een differentiatie plaats kan vinden binnen de voor de door KPN aan te bieden wholesale dienstverlening te gelden tariefregulering naar enerzijds terminating access en anderzijds originating access. Met deze differentiatie wordt meer dan in het verleden rekening gehouden met de verschillende karakteristieken van de onderscheidenlijke diensten en met de betekenis daarvan voor de vanuit de wenselijke marktontwikkeling meest effectieve invulling van het reguleringsmodel. Een en ander acht verweerder in de lijn met de herziening van de ONP regelgeving (ONP Review).

Verweerder is van mening dat eiseressen met hun verwijzing naar een tweetal aanbevelingen van de Europese Commissie (hierna: de Commissie) uit 1998, die LRIC de meest geschikte aanpak voor interconnectietarieven acht, er aan voorbij gaan dat de Commissie in latere documenten, waaronder een consultatiedocument van de Commissie (COM (1999) 539), blijk geeft van een genuanceerder standpunt. Het hiervoor genoemde consultatiedocument heeft aan de Richtsnoeren ten grondslag gelegen. In dit verband wijst verweerder er op dat de keuze om originating accessdiensten te reguleren op basis van EDC volgt uit de onderkenning dat originating access in beginsel een functionaliteit levert die concurrenten van KPN ook op andersoortige wijze kunnen organiseren. De door KPN met haar originating accessdiensten geleverde functionaliteit is naar de mening van verweerder in wezen onderhevig aan de concurrerende werking van de daarvoor in potentie of daadwerkelijk aanwezige alternatieven. In de eerste plaats kan een concurrent besluiten tot de aanleg van eigen infrastructuur die in dezelfde functionaliteit voorziet. In de tweede plaats kan worden gekomen tot een alternatieve functionaliteit via de netwerken van andere marktpartijen. Hierdoor bestaat volgens verweerder voor de kostenoriëntatie van de tarieven voor originating access de noodzaak noch de wenselijkheid tot invoering van een stringenter vorm van kostenregulering dan de al gehanteerde EDC-systematiek. De mogelijke alternatieven stellen tezamen met de waarborgen binnen het vastgestelde EDC-systematiek in voldoende mate zeker dat KPN niet in staat zal zijn om tot een tariefstelling te komen die een efficiënte marktontwikkeling in de weg staat. Tegelijkertijd waarborgt het vereiste van kostenoriëntatie op basis van de EDC-sytematiek dat KPN niet meer dan de daadwerkelijke kosten, vermeerderd met een redelijk rendement, aan marktpartijen in rekening brengt.

Verweerder acht de differentiatie gerechtvaardigd en in lijn met de gedachte dat concurrentie in de eerste plaats door de marktpartijen zelf dient te worden gecreëerd. Bovendien dient de relatieve zwaarte van de voor een bepaalde markt toe te passen tariefregulering in verhouding te staan tot de mate waarin van marktpartijen dit concurrerend

vermogen mag worden verwacht. Overigens stelt ook de Commissie zich op het standpunt dat meerdere beoordelingssystematieken mogelijk en wenselijk kunnen zijn.

Voorts bevat het begrip kostenoriëntatie naar de mening van verweerder een open norm. Binnen de beoordelingsvrijheid dan wel beleidsvrijheid die het begrip kostenoriëntatie laat, meent verweerder te kunnen kiezen voor tariefregulering op basis van een EDC-systeem, een BULRIC-systeem of een gedifferentieerde benadering, zoals thans is geschied.

Voor wat betreft de bezwaren ter zake van de onderbouwing van de tarieven merkt verweerder op dat de artikelen 6.6 en 6.9 van de Tw hem slechts de bevoegdheid geven het kostentoerekeningssysteem van KPN goed te keuren. In de afgelopen jaren is de praktijk ontstaan dat KPN gelijktijdig met het besluit tot goedkeuring van het kostentoerekeningssysteem de zogeheten tariefconsequenties van dat systeem publiceert. Op deze wijze wordt er voor gezorgd dat voor alle marktpartijen duidelijk is welke tarieven uit het goedgekeurde kostentoerekeningssysteem voortvloeien.

Ter zake van de transitdienstverlening en sleepdienst stelt verweerder voorop dat uit de wetsgeschiedenis van de Tw volgt dat verweerder in verschillende omstandigheden een andere uitwerking kan geven van het begrip kostenoriëntatie, waarbij gewicht moet worden toegekend aan de doelstelling van de wet. Tegen de achtergrond hiervan heeft verweerder ten aanzien van de transit en de sleepdienst overwogen het begrip kostenoriëntatie niet stringent in te vullen. Verweerder stelt zich daarbij op het standpunt dat transit en sleepdienstverlening noch als originating noch als terminating diensten zijn te beschouwen, en diensten vormen die naar hun aard eenvoudiger in concurrentie kunnen worden aangeboden dan de originating diensten. Verweerder stelt zich verder op het standpunt dat naarmate de aanleg van dupliceerbare infrastructuur waarschijnlijk is hij, gegeven de aard van de infrastructuur en de concurrentiemogelijkheden op de markt met name in de aanvangsfase van het liberaliseringsproces, behoedzaam zal zijn voor een te stringente invulling van de norm van kostenoriëntatie. Het risico moet immers worden voorkomen dat investeringen van partijen niet tot stand komen waardoor infrastructuurconcurrentie in de kiem zou worden gesmoord.

Concrete toepassing van de norm van kostenoriëntatie is naar de mening van verweerder geen vorm van exacte wetenschap, maar een norm waarvan toepassing behoedzaamheid en permanente monitoring van feitelijke marktontwikkelingen vergt. Het is volgens verweerder niet eenvoudig vast te stellen wat de marktontwikkeling zou zijn geweest indien hij ervoor zou hebben gekozen de tarieven wel direct volgens een strikte invulling van de norm van kostenoriëntatie te reguleren. Verweerder acht het niet aannemelijk dat in dat geval sprake was geweest van een minder snelle en minder vergaande uitrol. De feitelijke marktontwikkeling noopt verweerder niet om de tarieven van de transitdienst en van de sleepdienst van KPN alsnog stringent te reguleren, dit mede in aanmerking genomen het feit dat verweerder niet van evident onredelijke tarieven is gebleken.

Indien verweerder de invulling van de norm van kostenoriëntatie overigens nader had moeten concretiseren had het, aldus verweerder, voor de hand gelegen dat hij deze norm minder strikt had ingevuld dan bij de originating en terminating diensten. Waarschijnlijk was de hiervoor te hanteren systematiek op haar beurt een systematiek geweest die minder stringent zou zijn geweest dan de EDC-systematiek. Verweerder zou daarbij voor de invulling van het redelijk rendement vermoedelijk hebben gekozen voor een benadering waarbij het redelijk rendement hoger zou hebben gelegen dan bij de originating dienstverlening het geval is. Dus zelfs in het geval de transit- en de sleepdienst volgens stringente kostenoriëntatienormen zouden zijn gereguleerd, ligt het niet voor de hand dat de tarieven aanmerkelijk lager zouden hebben gelegen dan de in de hier relevante periode door KPN gehanteerde tarieven.

Ter zake van de transitdienst merkt verweerder nog op dat het feit dat deze dienst nog niet stringent op kosten is gereguleerd niet opgevat moet worden als niet-regulerend optreden van verweerder. In dit verband wijst verweerder er op dat regulering op basis van het non-discriminatiebeginsel en op basis van transparantievereiste in de Tw altijd onverkort van kracht is geweest en nog steeds is ten aanzien van de transitdienst. KPN mag dus onder andere bij het aanbieden van de transitdienst geen discriminatoire voorwaarden hanteren.

Dat het bewust niet strikt op kosten reguleren kan bijdragen aan verwezenlijking van de doelstelling van bevordering van duurzame

infrastructuurconcurrentie blijkt volgens verweerder uit het feit dat veel marktpartijen de afgelopen jaren tot investeringen in hun netwerken zijn overgegaan, hetgeen heeft geleid tot uitrol van netwerken naar het regionale interconnectieniveau. Voorts heeft verweerder geconstateerd dat er directe interconnectie tussen aan aantal belangrijke marktspelers tot stand is gekomen, zodat partijen minder afhankelijk zijn van de transitdienst van KPN. De empirie heeft naar de mening van verweerder laten zien dat directe interconnectie na 1999 steeds meer werd toegepast; in het bijzonder tussen de grotere marktpartijen. Kennelijk werd, gegeven de uitrol naar regionaal niveau, voor die partijen directe interconnectie in toenemende mate een economisch zinvol alternatief. Gelet hierop heeft verweerder er de afgelopen jaren voor gekozen om de tarieven voor de transitdienst nog niet strikt op kosten te reguleren en meent daar, gelet op de toen geldende marktomstandigheden, op goede gronden voor te hebben gekozen.

Ten aanzien van de sleepdienst is verweerder van mening dat de mogelijkheid dat marktpartijen kunnen beschikken over geografische nummers zonder tegelijkertijd fysiek in het betreffende geografische gebied aanwezig te zijn, niet mag resulteren in een situatie waarin KPN zorgdraagt voor het slepen van het betreffende verkeer zonder daarvoor vergoed te worden. Bovendien is verweerder van mening dat, uit het oogpunt van bevordering van infrastructuurconcurrentie, de relatie tussen enerzijds het ter beschikking hebben van geografische nummers en anderzijds fysieke aanwezigheid in het betreffende geografische gebied gehandhaafd moet blijven. Hierdoor is verweerder van mening de sleepdienst, evenals de transitdienst, nog niet te moeten reguleren en het aan KPN over te laten om in haar tarifiering van sleepverkeer te komen tot een juiste balans tussen commerciële belangen en belangen die zien op de technische netwerkbelasting. Om te voorkomen dat KPN in die balans geen rekening zou houden met het belang van een concurrent bij een commerciële keuzemogelijkheid tussen eigen fysieke aanwezigheid dan wel het gebruikmaken van sleepverkeer is verweerder van mening dat KPN voor het slepen van verkeer ten hoogste de tarieven van haar reguliere transitdienst zou mogen rekenen.

De argumenten ter zake van de transitdienst gelden aldus verweerder in vergelijkbare zin voor de sleepdienst. Ook ten aanzien van de sleepdienst is geconstateerd dat de gewenste ontwikkelingen zich voltrokken en thans een zeer significant aantal marktpartijen geen gebruik meer hoeven te maken van deze dienst van KPN. Het te vroeg stringent op kosten reguleren had partijen met deze investeringsbereidheid een concurrentieel nadeel verschafte en zou vanuit het oogpunt van de totstandkoming van infrastructuurconcurrentie niet juist zijn geweest.

Voor wat betreft de tarieven nummerportabiliteit heeft verweerder opgemerkt dat eiseressen terecht stellen dat de administratieve kosten voor nummerportabiliteit ten onrechte niet binnen EDC IIA zijn gereguleerd. In latere jaren (met ingang van 1 juli 2001) zijn deze tarieven alsnog binnen de EDC-systeematiek gereguleerd. Vanaf 2001 is ter vaststelling van het kostengeoriënteerde tarief voor de administratieve kosten voor nummerportabiliteit uitgegaan van een meerjarenvenster dat loopt van 1998 tot 2004, hetgeen betekent dat de kostengeoriënteerdheid van de nummerportabiliteitstarieven van KPN over de gehele periode wordt beoordeeld. Daarbij worden de kosten in de periode 1998-2004 toegerekend aan en verdeeld over de geprognosticeerde en reeds gerealiseerde porteringen in die periode. Bij bepaling van het op kosten georiënteerde nummerportabiliteitstarief vanaf 2001 zijn de in het verleden berekende tarieven voor die dienst verrekend. Dit geldt ook voor de tarieven die door KPN berekend zijn in de periode waarop de onderhavige besluiten betrekking hebben.

De niet-gereguleerde tarieven die KPN in de periode 1 juli 1999 tot 1 juli 2000 ten behoeve van nummerporteringen hanteerde, waren lager dan de tarieven die vanaf 1 juli 2001 met toepassing van het toerekeningssysteem en op basis van het meerjarenvenster door KPN werden berekend. Daar het alsnog reguleren van de nummerportabiliteitstarieven in de periode 1 juli 1999-1 juli 2000 slechts tot een verschuiving binnen het meerjarenvenster 1998-2004 zou leiden, waardoor de cumulatieve omzet voor KPN ongewijzigd zou blijven, heeft verweerder geen aanleiding gezien de bezwaren van eiseressen te honoreren.

2.4.4.2 (Specifieke) standpunten van verweerder omtrent de MDF-tarieven, zoals weergegeven in besluit IVc

[...]

2.5 Beoordeling

De rechtbank is in de eerste plaats met eiseressen 2 t/m 6 van oordeel dat de besluitvorming in bezwaar, zeker voor wat betreft EDC IIA, III en IV, lang op zich heeft laten wachten. De rechtbank ziet in de lange behandelingsduur evenwel geen aanleiding de bestreden besluiten wegens strijd met het rechtszekerheidsbeginsel te vernietigen. Niet alleen droegen eiseressen kennis van de primaire besluiten, waarin het oordeel van verweerder ten aanzien van de tarieven van KPN voor interconnectie en bijzondere toegang duidelijk was neergelegd, zodat partijen steeds wisten waar zij aan toe waren, maar voorts verbindt de Awb, anders dan door het ontstaan van de mogelijkheid een rechtsmiddel aan te wenden tegen het niet tijdig nemen van een besluit, geen rechtsgevolg aan het niet tijdig beslissen op een bezwaarschrift. Vaststaat dat eiseressen 2 t/m 6 van de mogelijkheid als voorzien in artikel 6:2, aanhef en onder b, van de Awb geen gebruik hebben gemaakt. Bovendien hadden eiseressen 2 t/m 6 in geval van een knellende rechtsonzekerheid daarbij ook bij de voorzieningenrechter een verzoek om een voorlopige voorziening ahangig kunnen maken, hetgeen zij eveneens hebben nagelaten.

De rechtbank merkt vervolgens op dat in de onderhavige geschillen de (rechts)vragen centraal staan of verweerder – kort gezegd – terecht de tarieven, die KPN hanteert voor de transit en sleepdiensten, niet (strikt) op basis van kostenoriëntatie heeft gereguleerd, of verweerder op goede gronden vanaf 2000 vast is blijven houden aan het EDC-systeem en of verweerder terecht de tarieven voor nummerportabiliteit en MDF-access heeft goedgekeurd. De rechtbank zal zich verder hier toe beperken.

2.5.1 Ten aanzien van de transit- en sleepdiensten

Een transitdienst is aan de orde wanneer sprake is van een situatie dat telecomaandbieder A telecommunicatieverkeer heeft dat bestemd is voor aanbieder B, terwijl er geen koppeling bestaat tussen A en B, maar A en B wel ieder een koppeling hebben met aanbieder C (KPN). Deze laatste fungeert als transitaanbieder tussen de aanbidders A en B. In dat geval komt de koppeling tussen A en B via C tot stand.

Door verweerder wordt niet betwist dat transitdienstverlening als een interconnectiedienst kan worden gekwalificeerd. De rechtbank merkt in dit verband, mede in het licht van het verhandelde ter zitting, op dat de situatie in de onderhavige geschillen niet gelijk te stellen is met die welke aan de orde was in haar uitspraak van 25 april 2003 onder de reg.nrs. Telec 02/2156 en 02/2239-GERR, LJN-nummer AF8131, waarbij zij heeft geoordeeld dat interconnectie in de zin van artikel 6.1 van de Tw slechts de zogenoemde 'directe' interconnectie (rechtstreekse koppeling van de netwerken van twee aanbidders) omvat, en niet tevens de figuur van 'indirecte' interconnectie (koppeling van netwerken via het netwerk van een derde), en dat artikel 6.3, eerste lid, van de Tw niet de mogelijkheid biedt voor de beslechting van een geschil tussen aanbidders van wie de netwerken indirect zijn gekoppeld.

Anders dan in de geschillen aan de orde in voornoemde uitspraak, waarbij O₂ en KPN-Mobile elkaar MTA-diensten aanboden via het vaste netwerk van KPN, waardoor er tussen O₂ en KPN-Mobile sprake was van indirecte interconnectie, is er bij transitverkeer ontegenzeggelijk sprake van een fysieke verbinding tussen de netwerkelementen van aanbidders en die van KPN, zodat er sprake is van directe interconnectie tussen de aanbieder en KPN waarvoor tarieven verschuldigd zijn. Gelet hierop staat in deze geschillen niet ter discussie dat transitdienstverlening als interconnectie is aan te merken. Dit betekent dat KPN op grond van artikel 6.6, eerste lid van de Tw er voor moet zorgen dat die tarieven op kosten zijn georiënteerd.

Ingevolge het derde lid, van artikel 6.6 van de Tw dient ter uitvoering van het eerste lid door KPN vervolgens een systeem voor de toerekening van de kosten voor interconnectie te worden opgesteld, dat de goedkeuring door verweerder behoeft.

De rechtbank zal in dit kader allereerst in algemene zin ingaan op de vraag of verweerder zich op goede gronden op het standpunt heeft kunnen stellen dat kostenoriëntatie een open norm inhoudt en overweegt hiertoe het volgende.

De rechtbank kan, mede in het licht van de wetsgeschiedenis, verweerder volgen in zijn standpunt dat kostenoriëntatie als een open norm kan worden aangemerkt, waaraan op verschillende manieren invulling kan worden gegeven door verschillende kostenmodellen te ontwikkelen. De rechtbank merkt in dit verband op dat ook eiseressen,

behoudens Telez, (in beginsel) niet bestrijden dat verweerder een zekere mate van vrijheid heeft om een gedifferentieerde invulling te geven aan de norm kostenoriëntatie. Met eiseressen is de rechtbank echter van oordeel dat, nu verweerder inmiddels ter zake van kostenoriëntatie beleidsregels (de Richtsnoeren) heeft ontwikkeld, verweerder daarmee rekening dient te houden.

De rechtbank zal vervolgens beoordelen of verweerder om redenen, zoals weergegeven in rubriek 2.4.4.1 van deze uitspraak, het standpunt heeft kunnen innemen de open norm (van kostenoriëntatie) ter zake van transitdienstverlening in die zin op het vatten dat de tarieven daarvoor in feite niet gereguleerd behoeven te worden.

In dit verband kan naar het oordeel van de rechtbank niet worden gesteld dat verweerder zijn besluiten niet dan wel onvoldoende heeft gemotiveerd. Bovendien is naar het oordeel van de rechtbank niet ontoelaatbaar het streven van verweerder om de telecommarkt snel tot ontwikkeling te laten komen. Dit neemt evenwel niet weg dat verweerder daarbij dan wel de bepalingen van de Tw in het oog dient te houden. Wat er ook zij van verweerdens visie op de doelstelling van kostenoriëntatie, ter zitting is komen vast te staan dat KPN bij het indienen van het EDC-model niet specifiek voor transitdienstverlening om goedkeuring heeft gevraagd. Daarentegen hebben wel bij de desbetreffende door verweerder genomen goedkeuringsbesluiten van de kostentoerekeningssystemen, op basis waarvan de tarieven worden bepaald, de netwerkelementen van transitdienstverlening een rol gespeeld.

Verweerder heeft zowel ter zitting als bij de bestreden besluiten aangegeven bewust nagelaten te hebben (tarieven van) transitdienstverlening in het (vast te stellen) kostentoerekeningssysteem te beoordelen en in de goedkeuring te betrekken. Het standpunt van KPN ter zitting, dat er ten aanzien van transitdienstverlening geen besluit in de zin van de Awb dan wel een niet voor bezwaar en beroep vatbaar rechtsoordeel voorligt, wordt door de rechtbank niet gedeeld. Immers, verweerder heeft bewust, om hem moverende redenen, nagelaten KPN te gelasten tevens transitdienstverlening in een kostentoerekeningssysteem te betrekken en heeft deswege transitdienstverlening niet in de goedkeuringsbesluiten beoordeeld. Niet kan naar het oordeel van de rechtbank dan ook worden volgehouden dat het bewust niet (mede) beoordelen (= weigeren een besluit te nemen) van transitdienstverlening bij de goedkeuringsbesluiten niet op rechtsgevolg zou zijn gericht.

De rechtbank heeft derhalve te beoordelen of verweerdens motieven om geen beslissing te nemen over de juistheid van de in het kostentoerekeningssysteem opgenomen componenten die gebruikt worden om de transitdienst samen te stellen, in rechte stand kunnen houden.

Dat kostenoriëntatie een open norm bevat waarbij aan verweerder enige beoordelingsvrijheid niet kan worden ontzegd en waarbij hij één of meerdere kostentoerekeningssyst(em)en zou kunnen aanwijzen, brengt naar het oordeel van de rechtbank niet met zich dat deze vrijheid zich zover uitstrekt dat verweerder kan bepalen dat – in dit geval – transitdienstverlening, waarvan naar verweerdens opvatting vaststaat dat daarbij sprake is van interconnectie, in het geheel niet op kosten behoeft te worden georiënteerd en deswege niet in enig kostentoerekeningssysteem behoeft te worden meegenomen, aangezien verweerder daarmee in strijd handelt met het bepaalde in artikel 6.6, eerste en derde lid, van de Tw. Invulling van het begrip kostenoriëntatie in die zin dat ieder tarief een kostenelement in zich draagt en aldus op kosten is georiënteerd, zou kostenoriëntatie tot een zinledige norm maken. Deze invulling wordt door de rechtbank derhalve niet overgenomen. De enkele aanwijzing van verweerder bij de bestreden besluiten aan KPN dat hij niet mag discrimineren kan aan het vorenstaande niet afdoen.

Verweerdens stelling dat ook zijn invulling van de norm kostenoriëntatie als een vorm van regulering kan worden aangemerkt – wat daar overigens ook van zij – is irrelevant nu de wetgever met het opnemen van de norm kostenoriëntatie ontegenzeggelijk heeft beoogd verweerder bij het reguleren van tarieven te binden aan die inhoudelijke norm.

Een identiek strijdige situatie met de Tw doet zich tevens voor ter zake van de sleepdiensten. De enkele overweging van verweerder bij de bestreden besluiten dat KPN voor het slepen van verkeer maximaal de tarieven van haar reguliere transitdienst mag rekenen voldoet daarbij evenmin aan het bepaalde in artikel 6.6, eerste en derde lid, van de Tw.

Gelet op het vorenstaande komen de bestreden besluiten ten aanzien van de transit en sleepdiensten in zoverre voor vernietiging in aanmerking.

2.5.2 Ten aanzien van het EDC kostentoerekeningssysteem vanaf 2000

Zoals de rechtbank onder rubriek 2.5.1 van deze uitspraak heeft overwogen, kan verweerder niet een zekere vrijheid worden ontzegd om (een gedifferentieerde) invulling te geven aan de norm van kostenoriëntatie. In het licht van de bezwaren van eiseressen ter zake van het EDC kostentoerekeningssysteem heeft de rechtbank geconstateerd dat verweerder in het kader van zijn bevindingen in het EDC II-proces, in het zogenoemde EDC IIB-besluit van 16 december 1999 heeft geconcludeerd dat het door KPN ontwikkelde EDC-model onvoldoende tegemoet komt aan de eisen die vanuit de doelstelling voor de telecommunicatiemarkt aan een dergelijk systeem dienen te worden gesteld. Verweerder concludeert daarbij vervolgens dat de EDC-systematiek in elk geval wat betreft de situatie na 1 juli 2000 niet langer dient te worden toegepast, en dat dient te worden overgegaan op een systematiek gebaseerd op toekomstgerichte gemiddelde marginale lange termijnkosten (LRAIC), waarbij het daartoe te hanteren BU-model leidend is, eventueel door middel van een overgangsregime.

Verweerdens in het EDC IIB besluit aangekondigde heroverweging van de tot dan toe gevolgde methodiek heeft uiteindelijk geresulteerd in het op 13 april 2001 door verweerder in de Richtsnoeren geformuleerde beleid. De rechtbank stelt vast dat verweerder daarbij, conform diens voornemen in het EDC IIB besluit, voor terminating tarieven weliswaar voor BULRIC heeft gekozen, maar de EDC-systematiek onverkort heeft gehandhaafd voor de bepaling van de tarieven voor originating access. Verweerder heeft daaromtrent – kort gezegd – verklaard dat de differentiatie in kostenberekeningssystemen haar oorzaak vindt in de onderscheidenlijke karakteristieken van beide vormen van dienstverlening.

Naast een zekere vrijheid in de invulling van de norm kostenoriëntatie, kan verweerder op zichzelf niet de vrijheid worden ontzegd eerder geformuleerde beleidsstandpunten dienaangaande te wijzigen. Naar het oordeel van de rechtbank kan, in aanmerking nemend de door verweerder in het EDC IIB-besluit overduidelijk getrokken en uitgebreid gemotiveerde conclusies omtrent het EDC-model, in het licht van de voornoemde Richtsnoeren niet anders worden geconcludeerd dan dat verweerder diens eerder geformuleerde visie in die zin heeft verlaten dat hij nu een meer dan marginaal gewijzigde visie presenteert. Anders dan KPN is de rechtbank van oordeel dat de standpuntbepaling van verweerder in het EDC IIB-besluit niet slechts kan worden opgevat als een momentopname. Wel kan verweerder gevolgd worden in diens stelling dat het EDC IIB-besluit niet als een afgeronde beleidswijziging is aan te merken. Het in rechte onaantastbaar geworden besluit brengt in het licht van het rechtszekerheidsbeginsel evenwel met zich dat niet gezegd kan worden dat zowel de in het EDC IIB-besluit door verweerder, niet voor tweërlei uitleg vatbaar, getrokken conclusies – die behalve KPN door marktpartijen zijn ondersteund – als diens daarin onomwonden ingenomen standpunt, dat na 1 juli 2000 niet langer het EDC-systematiek dient te worden toegepast, geen betekenis meer toekomt.

Onder dergelijke omstandigheden mocht van verweerder, mede in het licht van de door eiseressen tegen de goedkeuringsbesluiten (EDC III, IV en V) aangevoerde bezwaren, die (mede) zien op verweerdens standpuntwijzigingen, worden verwacht dat hij uitvoering in de bestreden besluiten de reden van zijn ommekeer zou onderbouwen en zou toelichten waarom zijn eerdere visie wordt verlaten.

In dit verband heeft de rechtbank geconstateerd dat verweerder bij zijn bestreden besluiten voor de motivering van zijn beleidswijziging met name heeft verwezen naar het gestelde in de Richtsnoeren. Wat er ook zij van verweerdens visie om door middel van het vasthouden aan het EDC-model marktpartijen te prikkelen om de infrastructuurconcurrentie met KPN aan te gaan, en daargelaten de vraag of verweerder op goede gronden heeft kunnen overwegen dat de differentiatie van kostentoerekeningssystemen in lijn is te achten met de herziening van de ONP Review, is de rechtbank van oordeel dat verweerder bij de bestreden besluiten, mede in het licht van het omgaan van zijn beleidsvoornemen, onvoldoende gemotiveerd heeft aangegeven in welke zin thans niet meer gesteld zou kunnen worden dat diens in het EDC IIB-besluit aangegeven negatieve standpunten ter zake van de EDC-systematiek niet meer zouden hebben te gelden.

Verweerder heeft bijvoorbeeld niet verklaard waarom hij thans, anders dan in het EDC IIB-besluit, niet meer van mening is dat de

gehanteerde EDC-systematiek, waarin het primaat bij KPN's EDC-model ligt, zich niet leent voor de doelstelling van het bereiken van een voor de toestandkoming van een concurrerende markt optimaal tariefniveau. Ook heeft verweerder niet verklaard waarom hij nu niet meer de mening is toegedaan dat het EDC-model met zich brengt, dat de bewijslast ten aanzien van de (on)redelijkheid van de door KPN aangevoerde kosten of kostenelementen te veel aan de kant van marktpartijen en niet bij KPN ligt dan wel dat dit kennelijk in het kader van een belangenafweging niet meer relevant te achten is. Evenmin heeft verweerder verklaard waarom nu niet meer heeft te gelden dan wel minder of niet relevant is dat in het EDC-model de door KPN aangevoerde kosten leidend zijn, zodat de uit het proces resulterende tarieven in (te) grote mate afhankelijk zijn van de binnen KPN gemaakte ondernemingsbeslissingen.

Bovenal is naar het oordeel van de rechtbank van belang dat verweerder op geen enkele wijze bij de bestreden besluiten heeft aangetoond of aannemelijk heeft gemaakt dat de door hem blijkens het EDC IIB-besluit onderkende nadelen, dat het EDC-model voor marktpartijen slechts een beperkte mate van transparantie van de kosten en van de onderliggende kostentoerekeningsmechanismen verstrekt en dat het model in hoge mate een 'black box' is, geen opgeld meer zouden doen. Ook verweerder stelling in het EDC IIB-besluit, dat het in de EDC-systematiek redelijkerwijs haalbare niveau van transparantie en inzichtelijkheid van kosten en mechanismen niet voldoende is om overtuigend te kunnen stellen dat de resulterende tarieven representatief zijn voor een in een concurrerende markt opererende efficiënte onderneming, is bij de bestreden besluiten niet ontkracht. Verweerder enkele stelling dat voor wat betreft de transparantie KPN nu verplicht is een openbare versie van het EDC-model als onderdeel van haar Referentie-interconnectieaanbod op zijn website te publiceren, kan niet als afdoende motivering worden aangemerkt om het EDC-model niet meer als een 'black box' aan te merken.

Nu de rechtbank gelet op het voorgaande van oordeel is dat verweerder bij de bestreden besluiten omtrent EDC IV en V in onvoldoende mate de bezwaren van eiseressen ter zake van de goedkeuring(en) aan het EDC-kostentoerekeningssysteem van KPN heeft weerlegd, leidt dit tot de slotsom dat de bestreden besluiten, voor wat betreft EDC IV en V, ondeugdelijk zijn gemotiveerd. Deze besluiten zijn derhalve genomen in strijd met de artikelen 3:46 en 7:12, eerste lid, van de Awb en komen – onder gegrondverklaring van het beroep – voor vernietiging in aanmerking.

In dit verband merkt de rechtbank ter zake van EDC III op dat ten tijde van het primaire besluit de Richtsnoeren nog niet waren vastgesteld en dat het desbetreffende tariefvoorstel van KPN in het kader van een overbruggingsperiode in verband met de heroverweging van de zijde van verweerder aan de Europese benchmark is getoetst. Hierdoor ziet de rechtbank geen aanleiding tevens de besluiten IIa, b en c, die zien op de periode waarin de heroverweging nog niet kon zijn afgerond, eveneens wegens een ondeugdelijk motivering te vernietigen.

2.5.3 Nummerportabiliteit

De rechtbank merkt – in dit stadium volledig ten overvloede – nog op dat in het geval verweerder in de nieuw te nemen besluiten op bezwaar voldoende gemotiveerd (wederom) tot de conclusie zou komen dat het kostentoerekeningssysteem EDC wel degelijk geschikt is te achten voor originating dienstverlening, waarbij voorts met recht kan worden gesteld dat het systeem bovendien voldoet aan de wettelijke eis van transparantie, het de rechtbank voorkomt dat verweerder ter zake van nummerportabiliteit op goede gronden de bezwaren ongegrond heeft verklaard.

De rechtbank is in dit verband in de eerste plaats met verweerder van oordeel dat nummerportabiliteit – welke dienst ziet op de mogelijkheid voor een abonnee om zijn telefoonnummer te behouden als hij van de ene telefoonaanbieder overstapt naar een andere – naar zijn aard als een aan de originatingdienstverlening gerelateerde dienst is te beschouwen.

Eerst met het EDC IV-besluit zijn de tarieven voor nummerportabiliteit op kostenoriëntatie beoordeeld. De rechtbank kan verweerder daarbij volgen in zijn standpunt, om de aan de dienst nummerportabiliteit toe te rekenen kosten door middel van een zogeheten meerjarenvenster als het ware over een aantal jaren, in casu van 1998 tot 2004, uit te smeren. Immers, zou niet voor een dergelijke aanpak zijn gekozen dan zouden de aanzienlijke aanloopinvesteringen (de realisatie van een speciaal voor deze dienst ontwikkeld Intelligent Network-platform) in de beginjaren ten laste van een zeer beperkt aantal

porteringen zijn gekomen, hetgeen in die eerste jaren tot zeer hoge tarieven zou hebben geleid.

Met UPC kan worden vastgesteld dat het tarief voor nummerportering tussen 2000/2001 en 2001/2002 is gestegen. De rechtbank acht het evenwel niet verwonderlijk dat de tarieven van jaar tot jaar kunnen verschillen. Immers alleen de gegevens die zeker zijn (dit zijn alleen gegevens over reeds afgesloten boekjaren) worden van jaar tot jaar aan het meerjarenvenster toegevoegd, waarna vervolgens ten aanzien van de te verwachten ontwikkelingen in kosten en aantallen porteringen in toekomstige jaren een inschatting wordt gemaakt. Wanneer die inschattingen na afsluiting van een boekjaar niet juist zijn gebleken en in het jaar daarop aan het venster worden toegevoegd, terwijl op basis van die realisaties de verwachtingen voor de toekomst moeten worden bijgesteld, zodat die aanpassingen eveneens in het meerjarenvenster worden verwerkt, kan dit ertoe leiden dat de tarieven van jaar tot jaar verschillen.

Daarnaast is de rechtbank ook overigens niet gebleken dat verweerder ten aanzien van nummerportabiliteit een rechtens onjuist besluit zou hebben genomen.

2.5.4 MDF-diensten

Ook wat betreft de MDF-diensten merkt de rechtbank volledig ten overvloede op dat, mocht in de nieuw te nemen beslissing op bezwaar ter zake van EDC V geconcludeerd worden dat het kostentoerekeningssysteem EDC geschikt is te achten is voor originating dienstverlening, het de rechtbank voorkomt dat verweerder op goede gronden de (specifieke) bezwaren van Versatel omtrent MDF-access ongegrond heeft verklaard.

MDF-diensten zijn diensten waarbij een operator gebruik maakt van (in het algemeen koper)aansluitingen die lopen van de numercentrale van KPN tot aan de woningen en bedrijfsgebouwen. Deze koperaansluitingen zijn aangelegd om vaste telefoniediensten te kunnen leveren. Op grond van de Verordening heeft KPN de verplichting om deze koperaansluitingen ook aan andere aanbieders dan KPN beschikbaar te stellen tegen kostengeoriënteerde tarieven. Deze diensten worden ontbundelde toegang genoemd als verwijzing naar het feit dat het om een kale koperlijn gaat zonder KPN telefoniedienst. Bij een volledige ontbundelde toegang (XTL) is de hele koperlijn beschikbaar en bij een gedeeltelijke ontbundelde toegang (ASL) maakt de afnemer gedeeltelijk gebruik van de lijn, tezamen met KPN die de telefoniedienst levert. XTL en ASL worden tezamen MDF-access genoemd.

Naar het oordeel van de rechtbank wordt door middel van de door KPN op 20 juni 2002 voorgelegde aangepaste kostentoerekeningssystematiek voor MDF-access voldoende invulling gegeven aan de begrippen kostenoriëntatie, kostencausaliteit en redelijkheid. In dit verband wijst de rechtbank er op dat verweerder in de Richtsnoeren met betrekking tot ontbundelde toegang tot de aansluitlijn van 12 maart 1999 (hierna: de Richtsnoeren MDF-access) onder meer ingaat op de wijze waarop de maandelijkse tarieven zullen worden beoordeeld. Daarin wordt gesteld dat de tarieven via een initieel tarief (Po), gebaseerd op historische kosten, in vijf jaar mogen stijgen tot een tarief gebaseerd op actuele kosten (Ps). Verweerder keuze voor dit systeem, waarbij een geleidelijke overgangperiode van in dit geval 5 jaar wordt bewerkstelligd, acht de rechtbank, gelet op het uitgangspunt dat voor deze dienstverlening te gelden tariefregulering niet van invloed zou mogen zijn op de investeringsbeslissingen van marktpartijen op langere termijn, terwijl op korte termijn het opbouwen van een eigen klantenbestand gestimuleerd zou moeten worden, in dit geval niet onredelijk.

De grief van Versatel dat verweerder zijn Po-Ps-systeem wegens de inwerkingtreding van de Verordening had moeten aanpassen kan de rechtbank niet delen. Immers, verweerder streeft in overeenstemming met de Verordening met diens systeem de bevordering van infrastructuurconcurrentie na. Ook het door Versatel gewraakte uitgangspunt, dat KPN na een termijn van 5 jaar commerciële tarieven zou mogen gaan hanteren, kan te dien aanzien niet tot vernietiging van het EDC V besluit leiden. Immers in de Richtsnoeren is dit uitgangspunt verlaten en is vastgesteld dat hiervoor het principe in de plaats treedt dat na afloop van de bedoelde periode door verweerder zal worden gezien in hoeverre de op dat moment geldende marktomstandigheden en –vooruitzichten aanleiding geven om de tariefregulering voor de door KPN aangeboden MDF-dienstverlening te continueren dan wel vanaf dat moment achterwege te laten.

De rechtbank merkt daarnaast op dat verweerder, gezien de vertraging in de ontwikkelingen ten aanzien van de implementatie van MDF-access alsmede de zich later ontwikkelende marktvraag, heeft besloten dat een verschuiving van het vijfjaarsvenster het meest recht doet aan de huidige situatie en heeft deswege aan KPN gevraagd voor MDF access de reeds toegepaste systematiek van een meerjarenvenster met een aantal aanpassingen (Po jaar wordt nu 2001) te hanteren. Op 8 november 1999 heeft verweerder de voornoemde richtsnoeren in die zin aangepast. Het standpunt van Versatel dat Po in plaats van in 2001 in 2002 zou moeten liggen omdat KPN eerst in 2002 heeft aangegeven dat er geen operationele problemen waren, wordt door de rechtbank niet gedeeld. Volgens de richtsnoeren dient voor tarief Po uit te worden gegaan van het jaar waarin werkelijk ontbundelde aansluitlijnen kunnen worden afgenomen. Nu niet door Versatel is betwist dat, daargelaten enkele operationele problemen, er in 2001 reeds 150.000 ontbundelde aansluitlijnen door KPN zijn geleverd, ligt het derhalve in lijn met de richtsnoeren om het tarief 2001 als het starttarief Po te nemen.

Ter zake van de grief van Versatel dat voor wat betreft de periode van vóór 1 juli 2002 niets is geregeld omtrent de MDF-tarieven merkt de rechtbank op dat Versatel eerst tegen het EDC V-besluit, welk besluit ziet op de periode juli 2002/juli 2003, bezwaren ter zake MDF-tarieven heeft aangevoerd. Naar het oordeel van de rechtbank kan verweerder dan ook niet worden tegengeworpen dat hij in het bestreden besluit niet is ingegaan op de grief van Versatel ter zake een voorliggende periode. Dat Versatel, naar zij stelt, in een rechtsvacuüm is beland kan verweerder niet worden toegerekend. Immers, Versatel is er zelf debet aan dat zij dienaangaande heeft nagelaten bezwaren tegen de voorliggende besluiten in te dienen.

Voor wat betreft de bezwaren van Versatel omtrent een te hoog eenmalig tarief voor de levering van een volledig ontbundelde aansluitlijn, met name in vergelijking met de tarieven die een abonnee van KPN moet betalen bij een nieuwe aansluiting, kan verweerder gevolgd worden in zijn standpunt dat het (aanzienlijke) verschil in tarieven het gevolg is van een belangrijk verschil in handelingen die moeten worden verricht ten behoeve van de levering van een MDF-access-lijn en een retailaansluiting. Immers een retailaansluiting kan KPN in het overgrote deel van de gevallen op afstand softwarematig in gebruik stellen, terwijl voor de levering van de MDF-access-lijn altijd fysieke handelingen ter plaatse moeten worden verricht door een monteur. Bovendien heeft KPN voor de levering van een MDF-accesslijn binnen de organisatie een afzonderlijke 'leverstraat' moeten opzetten hetwelk een andere organisatie betreft dan die welke de retailaansluitingen verzorgt. Verder zijn ook de administratieve verrichtingen niet vergelijkbaar. Het uitgangspunt van Versatel dat fysieke handelingen gemiddeld € 10,- kosten, hetwelk Versatel terugvoert op het verschil in tarief tussen ASL en XTL, acht de rechtbank gelet op het vorenstaande een ter ver gaande versimpeling om voldoende aannemelijk te achten dat dus ook het verschil tussen de retailtarieven van een abonnee en de levering van een volledig ontbundelde aansluitlijn slechts € 10,- zou mogen zijn.

De grief van Versatel omtrent het aanwezig zijn van een te klein verschil tussen XTL en ASL treft evenmin doel. De stelling van verweerder in het verweerschrift dat de administratieve handelingen in beide gevallen hetzelfde zijn doch dat alleen de technische handelingen verschillen, met dien verstande dat voor het realiseren van een ASL-lijn meer werkzaamheden verricht moeten worden die gemiddeld € 10,- kosten, is niet door Versatel betwist.

Gelet op al hetgeen hiervoor is overwogen dient het beroep dan wel de beroepen van eiseres 1 tot en met 6 gegrond te worden verklaard en komen in de eerste plaats de bestreden besluiten I, IIa, b en c, voor zover betrekking hebbende op de transit- en sleepdiensten voor vernietiging in aanmerking, en komen voorts de besluiten IIIa, b en c alsmede IVa, b en c wegens een motiveringsgebrek voor vernietiging in aanmerking. Verweerder dient, met inachtneming van hetgeen de rechtbank in deze uitspraak heeft overwogen, binnen drie maanden na het onherroepelijk worden van deze uitspraak nieuwe beslissingen op bezwaar te nemen.

De rechtbank ziet aanleiding verweerder te veroordelen in de kosten die eiseressen 1 en 3 t/m 6 in verband met de behandeling van de desbetreffende geschillen tot aan deze uitspraak redelijkerwijs hebben moeten maken.

3. Beslissing

De rechtbank, recht doende:

- verklaart het beroep dan wel de beroepen van eiseres 1 tot en met 6 gegrond,
- vernietigt de bestreden besluiten I, IIa, b en c, voor zover betrekking hebbende op de transit- en sleepdiensten,
- vernietigt de bestreden besluiten IIIa, b en c alsmede IVa, b en c,
- bepaalt dat verweerder binnen drie maanden na het onherroepelijk worden van deze uitspraak een nieuwe beslissing op bezwaar neemt met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen,
- bepaalt dat verweerder de volgende bedragen aan griffierecht vergoedt: aan Tele2 € 232,-; aan UPC € 928,- (4 x € 232,-); aan MCI € 232,-; aan Priority € 696,- (3 x € 232,-); aan Enertel € 928,- (4 x € 232,-); aan Versatel € 928,- (4 x € 232,-),
- veroordeelt verweerder in de proceskosten tot de volgende bedragen, die door hem vergoed dienen te worden: - aan Tele2 € 1932,-; aan eiseressen 3 t/m 6 € 2898,-.

Deze uitspraak is gedaan door mr. J.W. van den Hurk als voorzitter en mr. M.J.L. Lamers-Wilbers en mr. B.A. Jong als leden.

Noot

Van EDC naar BULRIC en terug: ondeugdelijke motivering OPTA

Kees Schillemans

Mr. C.E. Schillemans is advocaat bij Freshfields Bruckhaus Deringer te Amsterdam

Ogenscheinlijk zonder de beoordelingsvrijheid van OPTA terzake in te willen perken, brengt de rechtbank met deze uitspraak onder het overgangsregime mogelijkerwijs de genadeklap voor het zogenaamde EDC ('Embedded Direct Costs') kostentoe rekeningssysteem voor bijzondere en ontbundelde toegang tot het netwerk van KPN.

Zoals de rechtbank aangeeft, staan drie rechtsvragen centraal: (1) heeft OPTA terecht de tarieven die KPN hanteert voor de transit en sleepdiensten niet (strikt) op basis van kostenoriëntatie gereguleerd, (2) is OPTA op goede gronden vanaf 2000 vast blijven houden aan het EDC-systeem, en (3) heeft OPTA terecht de tarieven voor nummerportabiliteit en MDF-access goedgekeurd?

Kort iets over de eerste vraag. De rechtbank onderscheidt transitdiensten van indirecte interconnectie. In het laatste geval is er geen rechtstreekse koppeling tussen de netwerken van de afnemer en aanbieder van de betrokken diensten. Bij transitdiensten is een dergelijke fysieke verbinding tussen de netwerkelementen van KPN en de afnemende operator wel aan de orde, en derhalve tevens interconnectie in de zin van de oude Tw. Ergo een verplichting tot kostenoriëntatie.

Ofschoon kostenoriëntatie een open norm is, kan het kostenelement niet weg worden geïnterpreteerd. Het argument van OPTA dat ieder tarief een kostenelement in zich draagt en aldus op kosten is georiënteerd, wordt terecht resoluut van de hand gewezen. De rechtbank gaat daar eigenlijk niet eens serieus op in.

Interessanter is de tweede vraag. Aan de orde is de ommekeer van OPTA na het zogenaamde EDC IIB besluit.¹ Daarin erkende OPTA een aantal zwaarwegende nadelen van de EDC-methode. Een heroverweging werd aangekondigd. Het resultaat daarvan was echter teleurstellend voor de BULRIC-aanhangers: in de Richtsnoeren tariefregulering interconnectie- en bijzondere toegangsdiensten houdt OPTA voor originating access diensten vast aan het EDC-model. OPTA maakte daartoe een fundamenteel onderscheid tussen originating access diensten en terminating access diensten.

Eerstgenoemde diensten zouden naar hun aard onderhevig zijn aan

¹ Besluit van 16 december 1999, OPTA/IBT/99/8438.

concurrentie, laatstgenoemde diensten niet, aldus OPTA. Afnemers van originating diensten hebben een keuze tussen het afnemen van diensten van KPN of het bouwen van een eigen netwerk. Deze 'make-or-buy' keuze ontbreekt ten aanzien van terminating access diensten: een netwerkeigenaar is monopolist over zijn eigen aansluitpunten.

Ten aanzien van terminating diensten bestaan voor KPN in de ogen van OPTA geen prikkels om de betrokken kosten in lijn te brengen met de kosten zoals die voor een efficiënte operator in een concurrerende markt zouden gelden. De kosten van een dergelijke – hypothetische – efficiënte operator kunnen worden berekend volgens de BULRIC ('Bottom Up Long Run Incremental Cost') methode. De kosten van een BULRIC operator vallen lager uit dan die van KPN, die zijn namelijk 'ingebod' in de financiële administratie van KPN. Dat de op EDC gebaseerde kosten hoger uitvallen is geen zorg voor OPTA. Integendeel, dat is juist de bedoeling. Zo zouden marktpartijen en geprikkeld blijven om de infrastructuurconcurrentie aan te gaan met KPN.

De rechtbank gaat niet in op deze aannames inzake infrastructuurconcurrentie en derhalve evenmin op de bezwaren van eiseressen dat deze aannames puur theoretisch en ongemotiveerd zijn. De rechtbank laat de eventuele voordelen van het EDC-model dan ook buiten beschouwing en herinnert OPTA aan de door haar zelf zo expliciet in het EDC IIB besluit erkende nadelen daarvan: bewijslast ligt te veel bij marktpartijen, te grote afhankelijkheid van de binnen KPN gemaakte ondernemingsbeslissingen, beperkte transparantie en het 'black box'-gehalte van het model.

Bij gebreke van motivering aan de kant van OPTA waarom deze nadelen nu ineens geen rol meer zouden spelen, vernietigt de rechtbank de betrokken besluiten. Van OPTA mocht worden verwacht dat zij uitvoerig in de bestreden besluiten de reden van de ommekeer zou onderbouwen en zou toelichten waarom haar eerdere visie wordt verlaten. De motiveringsplicht wordt aldus een effectief middel tot ingrijpen, daar waar de rechtbank niet nalaat de beoordelingsvrijheid van OPTA terzake en het 'open norm'-karakter van kostenoriëntatie te benadrukken.

De mogelijke gevolgen van dit ingrijpen voor de betrokken partijen kunnen aanzienlijk zijn. Indien OPTA de door de rechtbank geconstateerde motiveringsgebreken niet kan repareren, zal OPTA de goedkeuring die zij destijds aan KPN verleende alsnog moeten weigeren en zullen met terugwerkende kracht nieuwe tarieven moeten worden vastgesteld. Kan het teveel betaalde dan simpelweg worden teruggevorderd of verrekend? Hoeveel is dan eigenlijk te veel betaald?

Zoals gezegd, komt de rechtbank niet toe aan een inhoudelijke beoordeling van OPTA's visie omtrent de wijze waarop infrastructuurconcurrentie gestimuleerd kan worden. Ook in dat opzicht kan men zich afvragen of OPTA de motiveringstoets doorstaat. OPTA doet niet veel meer dan stellen dat marktpartijen bij originating access diensten een 'make-or-buy' keuze hebben. In hoeverre een 'make' commercieel haalbaar is, wordt niet beschouwd. Evenmin wordt ingegaan op de vele andere factoren die deze keuze beïnvloeden en hoe deze zich verhouden tot de factor prijs.

Daarbij is het van belang niet uit te gaan van een statische benadering. Om te concurreren in een dynamische sector als de telecommunicatiesector dient – naast toegang – eveneens te worden geïnvesteerd in nieuwe technologieën en randapparatuur. Hoge toegangstarieven beïnvloeden deze investeringen negatief en derhalve ook de concurrentie op diensten.

Ook indien het stimuleren van infrastructuurconcurrentie de primaire doelstelling is en concurrentie op diensten daaraan ondergeschikt is, rijst de vraag of relatief hoge tarieven voor toegang het juiste middel vormen. Het Economic Analysis Team van OPTA citeert in zijn eerste Economic Policy Note² de econoom Cave:

The notion derived from naïve and static analysis, that low access prices are bad for infrastructure competition and high access prices are good for it is mistaken – or at least over simplistic in the era where telecommunications markets have been newly liberalised.

Cave benadrukt dat het van belang is dat een nieuwkomer eerst een redelijke positie op de markt moet kunnen verwerven alvorens – gefaseerd – over te gaan tot het eventueel bouwen van een alternatief netwerk. Daarbij wordt dan begonnen met de delen die het meest replaceerbaar zijn.

De gedachte dat marktpartijen eerst een klantenbestand moeten kunnen opbouwen zonder dat tariefregulering investeringsbeslissingen op langere termijn beïnvloedt is het uitgangspunt van de door OPTA voorgestane kostentoerekeningssystematiek voor MDF-access. De rechtbank acht dat systeem, waarbij een overgangperiode van 5 jaar wordt bewerkstelligd, in dit geval redelijk. Het lot van dit systeem is evenwel eveneens verbonden aan dat van het EDC-model voor originating dienstverlening in het algemeen.

OPTA is blijkens de Richtsnoeren tariefregulering interconnectie- en bijzondere toegangsdiensten van mening dat ook het EDC-model afdoende rekening houdt met de nog prille marktontwikkeling.³ Een nadere onderbouwing ontbreekt evenwel. De met het oog op het nieuwe regelgevend kader thans verrichte marktanalyses resulteren waarschijnlijk in meer inzicht in de wijze waarop tariefregulering in de ogen van OPTA infrastructuurconcurrentie en marktontwikkeling bewerkstelligt.

² Economic Policy Note, no. 1, December 2003, *Economic considerations on balancing infrastructure and services based competition*. Over de verhouding tussen replicerbaarheid van infrastructuren, dynamische innovatieve markten, investerings-

prikkels en toegangstarieven, zie ook de ERG *Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework*, p. 66 en verder.

³ Zie randnummers 44 en verder.

Nr 11 KPN vs. Staatssecretaris V&W

Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State 13 oktober 2004
zaaknr 200401617/1

Uitspraak op het hoger beroep van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid 'KPN Telecom BV', gevestigd te Den Haag, appellante,

tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 12 januari 2004 in het geding tussen:

appellante

en

de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat.

1. Procesverloop

Bij besluit van 19 juni 2002 heeft de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat (hierna: de Staatssecretaris) een verzoek van appellante om toekenning van schadevergoeding op grond van de Nadeelcompensatieregeling verleggen kabels en leidingen in en buiten rijkswaterstaatwerken (hierna: NKL 1999) afgewezen.

Bij besluit van 5 november 2002 heeft de Staatssecretaris het daartegen door appellante gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 12 januari 2004, verzonden op 13 januari 2004, heeft de rechtbank 's-Gravenhage (hierna: de rechtbank) het daartegen door appellante ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft appellant bij brief van 20 februari 2004, bij de Raad van State ingekomen op 23 februari 2004, hoger beroep ingesteld. De gronden zijn aangevuld bij brief van 23 maart 2004. Deze brieven zijn aangehecht.

Bij brief van 11 mei 2004 heeft de Staatssecretaris van antwoord gediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 3 september 2004, waar appellante, vertegenwoordigd door mr. C. Q. de Meza, werkzaam bij appellante, en de Staatssecretaris, vertegenwoordigd door mr. J. P. Heinrich en mr. M. H. P. Claassen, advocaten te Den Haag, zijn verschenen.

2. Overwegingen

2.1. Appellante stelt schade te hebben geleden ten gevolge van de verlegging van een glasvezelkabel in verband met de verbreding en verlegging van de vaarweg in de Westerschelde in 1999.

2.2. De rechtbank heeft met juistheid overwogen dat de Staatssecretaris zich terecht op het standpunt heeft gesteld, dat de door appellante gestelde schade niet op grond van de NKL 1999 voor vergoeding in aanmerking komt, gelet op de schadevergoedingsregeling die artikel 5.7 van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) biedt. De NKL 1999, houdende beleidsregels, treedt als nadeelcompensatieregeling terug indien een wet in formele zin, zoals de Tw, een specifieke regeling geeft ten aanzien van de toerekening van kosten voor het verleggen van kabels, die op grond van een gedoogplicht in en op openbare gronden liggen. Nu vaststaat dat de in 1999 uitgevoerde verlegging op de bodem van de Westerschelde betrekking heeft op een telecommunicatiekabel en dat appellante in dat verband dient te worden aangemerkt als aanbieder van een openbaar telecommunicatienetwerk als bedoeld in de Tw, dient op grond van die wet te worden vastgesteld of en zo ja welke schade voor vergoeding in aanmerking komt. Dat, zoals appellante betoogt, allerm minst vaststaat dat zij op grond van de Tw voor schadevergoeding in aanmerking komt, doet niet af aan het oordeel dat de gestelde schade in dat kader moet worden beoordeeld. In zoverre appellante betoogt dat zij op grond van artikel 5.7 van de Tw recht heeft op vergoeding van de kosten van de verplaatsing, overweegt de Afdeling dat die stelling in deze procedure niet aan de orde is. De bijzondere conflictregeling van artikel 5.7, derde lid, van de Tw voorziet in de mogelijkheid van een besluit van de OPTA ter zake, waarover, na bezwaar, ingevolge artikel 17.1 van de Tw de rechtbank Rotterdam bij uitsluiting bevoegd is in beroep te oordelen.

2.3. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

2.4. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

– bevestigt de aangevallen uitspraak.

Aldus vastgesteld door mr. F. P. Zwart, Voorzitter, en mr. H. Troostwijk en mr. J. E. M. Polak, Leden, in tegenwoordigheid van mr. M. A. E. Planken, ambtenaar van Staat.

Afdeling Bestuursrechtspraak 13 oktober 2004

Zaaknr. 200401601/1.

Uitspraak op het hoger beroep van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid 'KPN Telecom BV', gevestigd te Den Haag, appellante,

tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 12 januari 2004 in het geding tussen:

appellante

en

de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat.

1. Procesverloop

Bij besluit van 29 januari 2002 heeft de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat (hierna: de Staatssecretaris) appellante aangeschreven een glasvezelkabel in de bodem van de Westerschelde tussen Walcheren en Zeeuws-Vlaanderen te verplaatsen in verband met de verbreding en verlegging van de vaargeul in die waterweg.

Bij besluit van 17 mei 2002 heeft de Staatssecretaris het daartegen door appellante gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 12 januari 2003, verzonden op 13 januari 2004, heeft de rechtbank 's-Gravenhage (hierna: de rechtbank) het daartegen door appellante ingestelde beroep gegrond verklaard, de bestreden beslissing op bezwaar vernietigd en het bezwaar van 11 maart 2002 niet-ontvankelijk verklaard en bepaald dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft appellante bij brief van 20 februari 2004, bij de Raad van State ingekomen op 23 februari 2004, hoger beroep ingesteld. De gronden zijn aangevuld bij brief van 23 maart 2004. Deze brieven zijn aangehecht.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 3 september 2004, waar appellante, vertegenwoordigd door mr. C. G. de Meza, werkzaam bij appellante, en de Staatssecretaris, vertegenwoordigd door mr. M. H. P. Claassen en mr. J. P. Heinrich, advocaten te Den Haag, zijn verschenen.

2. Overwegingen

2.1. De Staatssecretaris heeft bij besluit van 19 juni 1986 aan de rechtsvoorganger van appellante vergunning onder voorschriften verleend op grond van het Baggerreglement (inmiddels vervangen door de Wet beheer Rijkswaterstaatwerken) voor het gebruik maken van bij Rijkswaterstaat in beheer zijnde gronden en wateren, gelegen in de monding van de Westerschelde, voor het leggen, hebben, onderhouden en eventueel verwijderen van een glasvezelkabel tussen Walcheren en Zeeuws-Vlaanderen, met inbegrip van de daartoe nodige werken.

Artikel f van de voorschriften luidt als volgt:

1. De houder der vergunning wordt erop gewezen, dat er plannen in voorbereiding zijn om het vaarwater in de Wielingen te verdiepen en wrakken op te ruimen.

2. De houder der vergunning dient rekening te houden, met voldoende voorzieningen om te zijner tijd verbreding en/of verdieping van het Oostgat te kunnen realiseren.

3. De houder der vergunning is verplicht gevolg te geven aan de door of vanwege de hoofdingenieur-directeur te geven aanzegging en binnen een door hem te stellen termijn, om ten behoeve van de in lid 1 en 2 bedoelde verdieping en/of opruiming de kabel gedeeltelijk te verwijderen. Alle daaruit voortvloeiende kosten zijn voor rekening van de houder der vergunning, hierin mede begrepen het wederom leggen, aansluiten en eventueel afdekken van een nieuw kabelgedeelte.

2.2. Bij besluit van 29 januari 2002 heeft de Staatssecretaris appellante onder verwijzing naar artikel f van de voorschriften aangeschreven zorg te dragen voor het dieper leggen c.q. opruimen van haar glasvezelkabel in de Westerschelde.

2.3. Bij beslissing op bezwaar heeft de Staatssecretaris zich op het standpunt gesteld dat hij geen aanleiding ziet voor vergoeding van de uit de verplaatsing voortvloeiende kosten.

2.4. De rechtbank is van oordeel dat de brief van 29 januari 2002, voorzover deze ziet op de verplichting van appellante om alle uit de verplaatsing van de kabel voortvloeiende kosten voor haar rekening te nemen, niet is gericht op rechtsgevolg in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), zodat appellante daartegen in zoverre ook geen bezwaar kon maken. Daartoe heeft de rechtbank overwogen dat de verplichting om genoemde kosten te dragen rechtstreeks volgt uit artikel f, onder 3, van de in rechte vaststaande vergunning van 19 juni 1986 en derhalve niet zelfstandig in het leven wordt geroepen door de brief van 29 januari 2002.

2.5. Appellante betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de brief van 29 januari 2002 niet is gericht op rechtsgevolg en haar bezwaarschrift van 11 maart 2002 ten onrechte alsnog niet-ontvankelijk heeft verklaard.

2.6. Dat betoog treft doel. Op grond van vaste jurisprudentie van de Afdeling is een aanschrijving als de onderhavige een besluit in de zin van artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), waartegen de in de Awb genoemde rechtsmiddelen van bezwaar en beroep kunnen worden aangewend. Bij een op een vergunning gebaseerde aanschrijving als de onderhavige ontstaat de rechtsplicht tot verplaatsing van de kabel op het tijdstip dat in de aanschrijving wordt genoemd. Voorts ondergaat het besluitkarakter van die aanschrijving geen wijziging door de aard van de daartegen gerichte bezwaren.

2.6.1. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank had behoren te doen, zal de Afdeling het beroep zelf beoordelen.

2.7. Het geding spitst zich toe op de vraag of de Staatssecretaris appellante heeft kunnen aanschrijven de glasvezelkabel te verleggen zonder financiële compensatie aan te bieden. Daarbij is van belang dat appellante voor de tweede maal binnen drie jaar tijd is aangeschreven de glasvezelkabel op eigen kosten te verleggen.

Bij het beantwoording van de vraag of de Staatssecretaris in redelijkheid tot het besluit van 17 mei 2002 is gekomen, neemt de Afdeling in aanmerking dat de Telecommunicatiewet (Tw) een regeling geeft ten aanzien van de toerekening van kosten voor het onderhavige geval. Immers, niet in geding is dat appellante dient te worden aangemerkt als aanbieder van een openbaar telecommunicatienetwerk als bedoeld in de Tw en dat de inmiddels in 2002 uitgevoerde opruiming betrekking heeft op een telecommunicatiekabel, die op grond van een gedoogplicht van de Staat der Nederlanden in de Westerschelde lag. Nu een specifieke wet regels geeft met betrekking tot de kosten-toedeling bij de verplaatsing of verwijdering van een telecommunicatiekabel, daargelaten hoe de kosten-toedeling op grond van de Tw zal uitvallen, is er geen grond voor het oordeel dat de Staatssecretaris appellante niet in redelijkheid heeft kunnen aanschrijven de desbetreffende kabel te verleggen, zonder buiten het kader van de Tw daarvoor financiële compensatie aan te bieden.

In zoverre de Staatssecretaris in het besluit van 17 mei 2002 zich op het standpunt heeft gesteld dat de door appellante gestelde schade op grond van de Tw niet voor vergoeding in aanmerking komt en dat hij in het verlengde daarvan evenmin is gehouden tot vergoeding van de kosten op grond van het op 17 januari 1995 gesloten Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en het Vlaams Gewest inzake de veruiming van de vaarweg in de Westerschelde (Trb. 1995, nr. 51), is van belang dat de juistheid van dat oordeel geen onderwerp van deze procedure vormt. Daartoe is de bijzondere conflictregeling van artikel 5.7, derde lid, van de Tw van belang, die voorziet in de mogelijkheid van een besluit van de OPTA ter zake, waarover, na bezwaar, ingevol-

ge artikel 17:1 van de Tw de rechtbank Rotterdam bij uitsluiting bevoegd is in beroep te oordelen.

2.8. De slotsom is dat het beroep ongegrond is.

2.9. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

I. verklaart het hoger beroep gegrond;

II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 12 januari 2003, AWB 02/3543 BESLU;

III. verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep ongegrond.

Aldus vastgesteld door mr. F.P. Zwart, Voorzitter, en mr. H. Troostwijk en mr. J.E.M. Polak, Leden, in tegenwoordigheid van mr. M.A.E. Planken, ambtenaar van Staat.

Noot

Luurt Wildeboer

Mr. ing. L.J. Wildeboer is advocaat bij Allen & Overy te Amsterdam.

De twee hiervoor opgenomen uitspraken zijn met name interessant vanwege de overwegingen die de Afdeling bestuursrechtspraak besteedt aan de grondslag voor het verkrijgen van nadeelcompensatie voor het in dit geval gedwongen verleggen van telecommunicatiekabels in verband met daarbij betrokken waterstaatsbelangen. De Afdeling bestuursrechtspraak gaat daarbij in het bijzonder in op de verhouding tussen de Wet beheer Rijkswaterstaatswerken (Wbr), de Nadeelcompensatieregeling kabels en leidingen in en buiten rijkswaterstaatswerken (NKL) en de Telecommunicatiewet (Tw). De Afdeling bestuursrechtspraak komt daarbij tot de conclusie dat wanneer een bedrijf op grond van een vergunning krachtens de Wbr wordt gedwongen zijn telecomkabels te verleggen, de daaruit voortvloeiende kosten moeten worden vergoed overeenkomstig de daartoe in de Tw opgenomen regeling voor de vergoeding van de kosten van verplaatsing. De beleidsregels van de NKL treden volgens de Afdeling terug nu in de wet daarin wordt voorzien, hoewel de aanschrijving tot het verleggen van kabels niet (mede) is gebaseerd op de Tw. De Afdeling lijkt daarmee voorbij te gaan aan de betekenis van artikel 3:4, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

Als uitgangspunt in het schadevergoedingsrecht geldt dat in beginsel een ieder zijn eigen schade dient te dragen. Op dit uitgangspunt geldt onder meer als uitzondering voor gevallen waarin als gevolg van een op zichzelf rechtmatig besluit van een overheidsorgaan aan een derde onevenredige schade wordt toegebracht, dat die schade moet worden vergoed. Dit vloeit voort uit artikel 3:4, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Een dergelijke situatie doet zich regelmatig voor in het kader van de aanleg en uitvoering van infrastructurele werken in verband met het door derden gedwongen verleggen van kabels en leidingen. De NKL biedt een leidraad voor de beoordeling van de vraag of in gevallen waarin kabels en leidingen moeten worden verlegd ten behoeve van infrastructuurprojecten onevenredige schade ontstaat die moet worden gecompenseerd. Met de NKL is derhalve een nadere invulling gegeven aan artikel 3:4, tweede lid, van de Awb dat verbiedt een besluit te nemen dat leidt tot onevenredig nadelige gevolgen voor derden. Voor de verlegging van telecomkabels geldt evenwel een afzonderlijke regeling in de Tw, die inhoudt dat wanneer de verlegging van die kabels nodig is voor het kunnen uitvoeren van werken, de verplaatsingskosten voor rekening van de telecomaandbieder blijven.

Wat was hier het geval? Voor het telecommunicatieverkeer over haar vaste netwerk beschikt KPN over een glasvezelkabel in de Westerschelde tussen Zeeland en Zeeuws-Vlaanderen. Voor het hebben en onderhouden van deze kabel in de Westerschelde beschikt KPN op grond van de Wbr over een vergunning, waarin onder meer een voorschrift is opgenomen dat KPN verplicht op aanzegging van de hoofdingenieur-directeur van Rijkswaterstaat haar kabels op eigen kosten te verleggen ten behoeve

¹ Zie Mediaforum 2004-11/12 nr.43.

van het verruimen en verdiepen van de Westerschelde. In verband met de verdieping van de Westerschelde met het oog op de bereikbaarheid van de haven van Antwerpen, is KPN door Rijkswaterstaat binnen een periode van enkele jaren tweemaal opgedragen haar kabels in de Westerschelde te verleggen. De hiervoor opgenomen uitspraken hebben betrekking op de twee afzonderlijke verleggingen.

In de tweede uitspraak is de Afdeling allereerst ingegaan op de vraag of de aanzegging van Rijkswaterstaat aan KPN tot het verleggen van haar kabels als een besluit in de zin van artikel 1:3 Algemene wet bestuursrecht (Awb) kan worden aangemerkt. De rechtbank had geoordeeld dat de aanzegging, voor zover die betrekking heeft op de verplichting tot het dragen van alle daaruit voortvloeiende kosten, niet is gericht op rechtsgevolg omdat de verplichting alle kosten te dragen rechtstreeks volgt uit de vergunning op grond van de Wbr. De Afdeling volgt de rechtbank daarin niet. Volgens vaste rechtspraak moet een aanzegging als hier bedoeld als een besluit worden aangemerkt waartegen bezwaar en beroep openstaat, omdat door de aanzegging de verplichting ontstaat tot het verleggen van de kabels op het tijdstip als in de aanzegging vermeld. De juridische grondslag is weliswaar opgenomen in het vergunningvoorschrift, maar deze wordt eerst geactiveerd nadat een aanschrijving is uitgegaan waarin staat vermeld op welk moment de bewuste kabels moeten worden verwijderd. De aard van de bezwaren die zijn aangevoerd, is voor de kwalificatie van de aanschrijving als een besluit naar het oordeel van de Afdeling niet relevant. De rechtbank wakte in zijn uitspraak de indruk dat dit mogelijk wel het geval was, omdat de rechtbank zich in zijn uitspraak beperkte tot dat onderdeel van het bestreden besluit dat betrekking had op de verplichting voor KPN dat zij de kosten van de verplaatsing moest dragen, terwijl de bezwaren van KPN daartegen niet waren gericht, maar de rechtbank overigens niet inging op de aanzegging tot verplaatsing als zodanig, tegen welk onderdeel van het besluit KPN zich kennelijk niet verzette. Nu de aanschrijving op rechtsgevolg is gericht en overigens voldoet aan de eisen van het besluitbegrip, moet de aanschrijving worden aangemerkt als een besluit in de zin van de Awb waartegen bezwaar en beroep openstaat.

In beide uitspraken stond daarnaast de vraag centraal of KPN kon worden aangeschreven haar glasvezelkabel in de Westerschelde te verleggen zonder dat haar daarvoor financiële compensatie werd aangeboden. Daarbij is van belang te bedenken dat KPN binnen een periode van drie jaar tweemaal is aangeschreven haar kabel op eigen kosten te verleggen.

In de eerste uitspraak wordt ingegaan op de vraag of KPN voor een schadevergoeding in aanmerking komt op grond van de NKL. KPN stelt schade geleden te hebben, waarvan de vergoeding niet op andere wijze (voldoende) is verzekerd. Op grond van artikel 2 van de NKL hoeft namelijk geen nadeelcompensatie te worden toegekend indien op een andere wijze daarin is voorzien. Volgens verweerder is vergoeding van de met de verlegging van de glasvezelkabel gemoeide kosten voldoende verzekerd met artikel 5.7 Tw, dat een regeling bevat voor de vergoeding van de verplaatsingskosten van kabels.

De Afdeling onderschrijft de zienswijze van verweerder en daarmee van de uitspraak van de rechtbank. Artikel 5.7 Tw biedt een specifieke regeling voor de toerekening van kosten bij de verlegging van kabels die deel uitmaken van een telecommunicatienetwerk, zoals de onderhavige kabel van KPN. In dat geval treedt de NKL terug. Volgens de Afdeling is – zo lijkt uit de uitspraak te volgen – voldoende dat een wet in formele zin, zoals de Tw, in een regeling voorziet, ongeacht het antwoord op de vraag of op grond van die regeling ook daadwerkelijk schade wordt vergoed. De omstandigheid dat niet met zekerheid vaststaat dat KPN op grond van – in dit geval – de Tw ook daadwerkelijk voor schadevergoeding in aanmerking komt, dient in dat kader te worden beoordeeld. De vraag rijst evenwel of door KPN (opnieuw) een beroep op de NKL kan worden gedaan, indien blijkt dat KPN op grond van de Tw niet in aanmerking komt voor de vergoeding van de kosten van verplaatsing. Naar mag worden aangenomen niet, omdat de Tw voorziet in een regeling voor de toerekening van kosten bij de verlegging van kabels. De Afdeling verwijst in dat verband immers ook naar de mogelijkheid om een geschil bij OPTA aanhangig te maken. De Afdeling was zich er kennelijk niet van bewust dat OPTA op grond van een uitspraak van de rechtbank te Rotterdam daartoe niet (meer) bevoegd is.²

In de tweede uitspraak, die anders dan de eerste uitspraak betrekking heeft op de bezwaren van KPN tegen de aanzegging tot verlegging zelf en niet tegen een besluit naar aanleiding van een verzoek om schadevergoeding op grond van de NKL, wordt eveneens verwezen naar de regeling omtrent de vergoeding van kosten voor de verplaatsing van kabels op grond van de Tw. Die omstandigheid is volgens de Afdeling relevant voor de beantwoording van de vraag of in redelijkheid kon worden afgezien van het geven van een financiële compensatie aan KPN voor de

(tweede) aanzegging tot verplaatsing van haar glasvezelkabel in de Westerschelde. Vanwege de aanwezigheid van een specifieke regeling in artikel 5.7 van de Tw voor schadevergoeding in gevallen dat kabels moeten worden verlegd, kan naar het oordeel van de Afdeling niet worden volgehouden dat verweerder niet in redelijkheid KPN heeft kunnen aanschrijven haar kabel te verleggen zonder het aanbieden van een financiële compensatie.

De Afdeling lijkt blijkens deze uitspraken geen ruimte meer te zien voor een zelfstandige beoordeling van de besluiten aan artikel 3:4, tweede lid, Awb, nu in de Tw een specifieke regeling is opgenomen voor nadeelcompensatie bij verplaatsing van kabels. De vraag rijst of de Afdeling met deze uitspraken afwijkt van een eerdere uitspraak van 27 augustus 2003² in een soortgelijke situatie.

In dat geval ging het om de aanwezigheid van kabels onder en in de bermen langs provinciale wegen, waarvoor op grond van de Wegenverordening Noord-Holland een vergunning was verleend. In deze vergunning was eveneens een voorschrift opgenomen die verplicht tot het op eerste aanschrijving binnen een daarbij gestelde termijn op eigen kosten verplaatsen van de kabels.

In die uitspraak oordeelt de Afdeling dat ingevolge artikel 3:4, tweede lid, Awb in gevallen waarin het gaat om een verzoek om nadeelcompensatie bij de belangenafweging niet kan worden volstaan met een beroep op het dienaangaande in de vergunning opgenomen voorschrift. Steeds dienen volgens de Afdeling de relevante omstandigheden van het geval te worden betrokken bij de toepassing van genoemde bepaling. In dat verband refereert de Afdeling onder meer aan de voorzienbaarheid, de noodzaak tot verlegging en de risico-aanvaarding, de duur van de ligging van de kabels en de hoogte van de kosten die zijn gemoeid met de verplaatsing van de kabels. Aan de hand van deze omstandigheden kan dan worden beoordeeld of de nadelige gevolgen van een aanschrijving onevenredig zijn in verhouding tot de met de verlegging van de kabels te dienen doelen.

In bovenbedoelde uitspraak gaat het om de aanwezigheid van elektriciteitskabels, waarvoor geen specifieke wettelijke regeling voor nadeelcompensatie bestaat. De vraag kan worden gesteld of in dit verschil in omstandigheden evenwel voldoende aanleiding aanwezig is om thans tot een andere uitspraak te komen. Een besluit, waaronder een aanschrijving tot het verleggen van kabels, moet immers steeds in overeenstemming te zijn met artikel 3:4, tweede lid, Awb.

In het onderhavige geval is KPN alleen op grond van de vergunning krachtens de Wbr aangezegd tot het verleggen van haar glasvezelkabel in de Westerschelde. Daarbij heeft Rijkswaterstaat zich niet tevens beroepen op de regeling in de Tw. De vraag rijst dan ook of het specialiteitsbeginsel in het onderhavige geval niet met zich brengt dat de regeling van de Tw voor de verplaatsing van kabels hier buiten beschouwing moet blijven nu immers voor de grondslag van de aanschrijving uitdrukkelijk is gedaan op de voorschriften van de vergunning krachtens de Wbr. Het aanschrijvingsbesluit moet voldoen aan de bepalingen van de Wbr en de Awb en het daarin opgenomen rechtsbeginsel dat een besluit geen onevenredige nadelen met zich mag brengen in verhouding tot het daarmee te dienen belang en wanneer deze zich voordoen moeten die worden gecompenseerd. Dat ten aanzien van dezelfde kabels mogelijk ook op grond van andere wetgeving regels gelden, maakt dit op zichzelf niet anders. De toetsing aan artikel 3:4, tweede lid, Awb vindt immers plaats in het kader van de beoordeling van het betrokken besluit.

In die zin moet onderscheid worden gemaakt tussen de eerste uitspraak, waarin een besluit ter beoordeling stond dat was genomen naar aanleiding van een verzoek door KPN om nadeelcompensatie. In dat besluit is getoetst aan de NKL, dat beleidsregels inhoudt ter invulling van artikel 3:4, tweede lid, Awb en waarin een uitzondering is genomen voor situaties waarin op grond van een andere wettelijke regeling in voldoende mate compensatie van schade is verzekerd. Dit is naar mijn mening evenwel anders voor een besluit inhoudende een aanschrijving tot het verleggen van kabels dat is gebaseerd op de aan de vergunning krachtens de Wbr verbonden voorschriften, welke aanschrijving volledig losstaat van de verplaatsingsregeling in de Tw. Tegen die achtergrond zou het mijns inziens meer voor de hand hebben gelegen indien de Afdeling zich in haar tweede uitspraak inhoudelijk zou hebben aangesloten bij d lijn van haar eerdere uitspraak van 27 augustus 2003.

Afgewacht zal moeten worden of de tweede uitspraak een witte raaf zal blijken te zijn of dat in zulke gevallen schadevergoeding op grond van artikel 5.7 van de Tw zal moeten worden afgedwongen en het maken van bezwaar tegen de eigenlijke aanwijzing krachtens de Wbr derhalve niet veel zin (meer) zal hebben.

² ABRS, 27 augustus 2003, zaaknr. 200202587/1 (www.raadvanstate.nl).

Nr 12 T-Mobile & Yarosa vs. OPTA

In Mediaforum 2005-2 is deze uitspraak verminkt afgedrukt. De tekst, eindigend op pagina 72, is onvolledig. De uitspraak wordt in dit nummer opnieuw en thans volledig afgedrukt en het verdient aanbeveling, bij een eventuele verwijzing naar de vindplaats, uitsluitend het huidige nummer (Mediaforum 2005-3), te noemen. Het spijt ons de lezers met deze drukfout lastig te moeten vallen.

Redactie

College van Beroep voor het Bedrijfsleven 24 november 2004
Nrs. Awb 04/651 en 04/727
15300 Telecommunicatiewet

Uitspraak op de beroepen van:

1) T-Mobile Netherlands BV, te Den Haag (hierna: T-Mobile), gemachtigden: mr. J. F. A. Doeleman en mr. C. Borba Lefèvre, beiden advocaat te Amsterdam, en 2) Yarosa BV, te Rotterdam (hierna: Yarosa), gemachtigde: mr. J. van den Brande, advocaat te Rotterdam,

tegen een besluit van 20 juli 2004 van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit, te Den Haag (hierna: OPTA), gemachtigde: mr. E. J. Daalder, advocaat te Den Haag.

1. De procedures

Bij besluit van 20 juli 2004 heeft OPTA appellanten met verwijzing naar artikel 12.2, eerste lid, en artikel 6.1, derde lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) opgedragen opnieuw met elkaar te onderhandelen over de in § 2.2 van deze uitspraak omschreven wensen van Yarosa.

Op 4 augustus 2004 heeft het College van T-Mobile een beroepschrift ontvangen, waarbij beroep wordt ingesteld tegen het besluit van 20 juli 2004. Dit beroep is geregistreerd onder nummer 04/651.

Eveneens op 4 augustus 2004 heeft de voorzieningenrechter van het College van T-Mobile een verzoekschrift ontvangen, waarbij wordt verzocht het besluit van 20 juli 2004 te schorsen tot zes weken nadat het College uitspraak doet op het beroep van T-Mobile.

Bij brieven van 6 augustus 2004 heeft Yarosa te kennen gegeven gebruik te maken van de gelegenheid als partij deel te nemen aan de door T-Mobile aanhangig gemaakte gedingen.

Bij brief van 13 augustus 2004 heeft OPTA stukken ingezonden en met verwijzing naar artikel 8:29, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) medegedeeld dat uitsluitend de voorzieningenrechter kennis zal mogen nemen van vijf van deze stukken.

Bij brief van 17 augustus 2004 heeft T-Mobile de gronden van haar beroep ingediend.

Op 19 augustus 2004 heeft het College beslist dat de door OPTA verzochte beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is. Deze beslissing geldt ook voor de hoofdzaak.

Bij faxbericht van 23 augustus 2004 heeft Yarosa het College toestemming verleend, mede op grondslag van de vijf door OPTA met een beroep op artikel 8:29, eerste lid, Awb overgelegde stukken uitspraak te doen.

Bij faxbericht van 23 augustus 2004 heeft T-Mobile het College toestemming geweigerd, mede op grondslag van twee van de door OPTA met een beroep op artikel 8:29, eerste lid, Awb overgelegde stukken uitspraak te doen.

Tijdens de mondelinge behandeling op 26 augustus 2004 van het verzoek om voorlopige voorziening heeft T-Mobile bevestigd het College wel toestemming te hebben verleend, mede op grondslag van de drie andere door OPTA met een beroep op artikel 8:29, eerste lid, Awb overgelegde stukken uitspraak te doen.

Ter zitting van de voorzieningenrechter hebben partijen afgesproken dat T-Mobile en Yarosa gedeeltelijk uitvoering zullen geven aan het besluit van 20 juli 2004 en dat OPTA de werking van dit besluit voor het overige opschort tot zes weken na 13 oktober 2004, waarna T-Mobile haar verzoek om voorlopige voorziening heeft ingetrokken.

Op 1 september 2004 heeft het College de door OPTA overgelegde stukken, ten aanzien waarvan T-Mobile het College toestemming heeft geweigerd mede op grondslag daarvan uitspraak te doen, teruggezonden aan OPTA.

Op 1 september 2004 heeft het College van Yarosa een op 31 augustus 2004 verzonden beroepschrift ontvangen, waarbij beroep wordt ingesteld tegen het besluit van 20 juli 2004. Dit beroep is geregistreerd onder nummer 04/727.

Bij brief van 2 september 2004 heeft het College T-Mobile bericht ervan uit te gaan dat zij als partij wenst deel te nemen aan de behan-

deling van het door Yarosa ingestelde beroep, hetgeen door T-Mobile bij faxbericht van 6 september 2004 is bevestigd.

Bij brief van 3 september 2004 heeft Yarosa de gronden van haar beroep ingediend.

Bij brieven van 9 september 2004 heeft het College partijen medegedeeld er zonder tegenbericht van uit te gaan dat partijen er geen bezwaar tegen hebben dat de beslissing van 19 augustus 2004 van het College en de daarop door partijen gegeven reacties ook gelden voor de beroepszaak van Yarosa. Een dergelijk tegenbericht is niet ontvangen. Op 17 september 2004 heeft OPTA een verweerschrift ingediend inzake zowel het beroep van T-Mobile als dat van Yarosa.

Op 27 september 2004 hebben T-Mobile en Yarosa beide een nadere standpuntbepaling ingezonden.

Vervolgens heeft het College besloten de beroepen van T-Mobile en Yarosa gevoegd te behandelen, waarna partijen bij brieven van 28 september 2004 is medegedeeld dat (ook) het beroep van Yarosa zal worden behandeld ter zitting van 13 oktober 2004.

Op 6 oktober 2004 heeft T-Mobile nadere stukken ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 13 oktober 2004. Aldaar waren onder meer aanwezig de in de aanhef van deze uitspraak genoemde gemachtigden van partijen.

2. De grondslag van de geschillen

2.1 In de preambule van Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn; Pb 2002, L 108, blz. 7) is onder meer het volgende overwogen.

[...]

(5) In een open en concurrentiegericht markt dienen er geen beperkingen te bestaan die ondernemingen verhinderen onderling toegangs- en interconnectieregelingen, en met name grensoverschrijdende overeenkomsten, aan te gaan, met dien verstande dat de mededingingsregels van het Verdrag in acht moeten worden genomen. In het kader van de totstandbrenging van een efficiëntere, echte pan-Europese markt met een reële mededinging, met meer keuze en concurrerende dienstverlening voor de consument, moeten ondernemingen die het verzoek om toegang of interconnectie krijgen, in beginsel zulke overeenkomsten sluiten en te goeder trouw onderhandelen.

(6) In markten waar tussen ondernemingen grote verschillen in onderhandelingscapaciteit blijven bestaan, en waar sommige ondernemingen gebruik maken van door anderen verschaft infrastructuur voor het aanbieden van hun diensten, dient een kader voor regels te worden vastgesteld om ervoor te zorgen dat de markt efficiënt functioneert. De nationale regelgevende instanties moeten de nodige bevoegdheden krijgen om, in gevallen waarin commerciële onderhandelingen mislukken, te zorgen voor passende toegang en interconnectie en voor de nodige interoperabiliteit tussen diensten in het belang van de eindgebruikers. Zij waarborgen in het bijzonder de eind-tot-eindverbinding door proportionele verplichtingen op te leggen aan ondernemingen die de toegang tot de eindgebruikers controleren. De controle van de toegangsmiddelen kan eigendom of controle van de fysieke verbinding met de eindgebruiker (vast of mobiel), en/of de bevoegdheid tot wijziging of intrekking van het nationale nummer (de nationale nummers) voor de toegang tot het aansluitingspunt van de eindgebruiker inhouden. Een dergelijk optreden zou bijvoorbeeld noodzakelijk zijn indien de netwerkexploitanten op onredelijke wijze de keuze aan toegangsmogelijkheden tot internetportalen en -diensten voor eindgebruikers zouden beperken.

[...]

(8) Netwerkexploitanten regelen de toegang tot hun eigen klanten, die individueel worden geïdentificeerd door middel van nummers of adressen uit een gepubliceerde nummer- of adresseringsruimte. Andere netwerkexploitanten moeten in staat zijn deze klanten te bereiken en moeten dus in staat zijn direct of indirect interconnectie met elkaar tot stand te brengen. De bestaande rechten en verplichtingen met betrekking tot het voeren van onderhandelingen over interconnectie dienen bijgevolg te worden gehandhaafd. [...]

(9) Interoperabiliteit is in het voordeel van de eindgebruiker en is een belangrijk doel van dit regelgevingskader. Het bevorderen van een goede interoperabiliteit is een van de doelstellingen van de nationale regelgevende instanties, die zijn vastgesteld in dit regelgevingskader, dat ook bepaalt dat de Commissie een lijst van standaarden en/of specificaties met betrekking tot het aanbieden van diensten, technische interfaces en/of netwerkfuncties moet publiceren als basis om harmonisatie inzake elektronische

communicatie te bevorderen. De lidstaten dienen het gebruik van de gepubliceerde standaarden en/of technische specificaties aan te moedigen in zoverre dat strikt noodzakelijk is om de interoperabiliteit van de diensten te waarborgen en de vrije keuze van de gebruiker te verbeteren.

[...].

In de Toegangsrichtlijn is onder meer het volgende bepaald.

Artikel 2

Definities

[...]

Voorts wordt in deze richtlijn verstaan onder:

[...]

b) 'interconnectie': het fysiek en logisch verbinden van openbare communicatienetwerken die door dezelfde of een andere onderneming worden gebruikt om het de gebruikers van een onderneming mogelijk te maken te communiceren met die van dezelfde of van een andere onderneming of toegang te hebben tot diensten die door een andere onderneming worden aangeboden. Diensten kunnen worden aangeboden door de betrokken partijen of andere partijen die toegang hebben tot het netwerk. Interconnectie is een specifiek type toegang dat wordt gerealiseerd tussen exploitanten van openbare netwerken;

[...]

Artikel 4

Rechten en verplichtingen van ondernemingen

1. Exploitanten van openbare communicatienetwerken zijn gerechtigd en, wanneer hun daarom wordt verzocht door daartoe gemachtigde ondernemingen, verplicht te onderhandelen over interconnectie met het doel algemeen beschikbare elektronische communicatiediensten aan te bieden, teneinde de verlening en de interoperabiliteit van de diensten in de gehele Gemeenschap te waarborgen. Exploitanten verlenen andere ondernemingen toegang en interconnectie onder voorwaarden die verenigbaar zijn met de verplichtingen die door de nationale regelgevende instantie worden opgelegd uit hoofde van de artikelen 5 tot en met 8.

[...]

Artikel 5

Bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de nationale regelgevende instanties met betrekking tot toegang en interconnectie

1. Met het oog op de doelstellingen van artikel 8 van Richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn), bevorderen, en waar nodig waarborgen de nationale regelgevende instanties overeenkomstig de bepalingen van deze richtlijn passende toegang en interconnectie, alsook interoperabiliteit van diensten, en oefenen zij daarbij hun bevoegdheid uit op een wijze die bevorderlijk is voor efficiëntie en duurzame concurrentie en die de eindgebruikers het grootste voordeel biedt.

De nationale regelgevende instanties moeten in het bijzonder, onverminderd maatregelen overeenkomstig artikel 8 ten aanzien van ondernemingen met een aanmerkelijke marktmacht:

a) verplichtingen kunnen opleggen, voorzover noodzakelijk om eind-tot-eindverbindingen te waarborgen, aan ondernemingen die de toegang tot de eindgebruikers controleren; hetgeen in gevallen waarin zulks gerechtvaardigd is ook de verplichting inhoudt om te zorgen voor interconnectie van hun netwerken waar dat niet reeds gebeurd is;

[...].

In de Tw is onder meer het volgende bepaald.

Artikel 6.1

1. Een aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken of openbare elektronische communicatiediensten, die daarbij de toegang tot eindgebruikers controleert, treedt op verzoek van een aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken of openbare elektronische communicatiediensten met die aanbieder in onderhandeling met het oog op het sluiten van een overeenkomst op basis waarvan de nodige maatregelen worden genomen, waaronder zo nodig door middel van interconnectie van de betrokken netwerken, opdat eind- tot eindverbindingen tot stand worden gebracht.

[...]

3. Het college kan op aanvraag van een aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken of openbare elektronische communicatiediensten die van mening is dat een andere aanbieder jegens hem de verplichting tot onderhandelen niet nakomt, voorschriften geven met betrekking tot de wijze waarop de onderhandelingen gevoerd moeten worden, onverminderd het recht van aanbieders gezamenlijk de onderhandelingen te beëindigen. De betrokken aanbieders houden zich bij hun onderhandelingen aan de door het college gegeven voorschriften.

Artikel 6.2

1. Indien de onderhandelingen, bedoeld in artikel 6.1, niet resulteren in een overeenkomst tussen de in dat artikel bedoelde aanbieders, kan het college op aanvraag van een van hen, voor zover naar het oordeel van het college verdere onderhandelingen redelijkerwijs niet meer zullen leiden tot een overeenkomst, de andere betrokken aanbieder, voor zover deze daarbij de toegang tot eindgebruikers controleert, verplichten de door de aanvrager gewenste eind- tot eindverbindingen tot stand te brengen en te waarborgen onder door het college te bepalen voorwaarden, indien het college van oordeel is dat de belangen van de andere aanbieder die ertoe geleid hebben dat er geen overeenkomst tot stand is gekomen redelijkerwijs niet opwegen tegen de belangen van de indiener van het verzoek.

2. Het college kan voorts ambtshalve, al dan niet in het kader van een aanvraag als bedoeld in het eerste lid, aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken of openbare elektronische communicatiediensten, die daarbij de toegang tot eindgebruikers controleren, verplichtingen opleggen met betrekking tot het tot stand brengen en waarborgen van eind- tot eindverbindingen, indien dit in het voorliggende geval in het licht van de doelstellingen, bedoeld in artikel 1.3 gerechtvaardigd is.

[...]

Artikel 12.2

1. Indien er tussen houders van een vergunning, tussen aanbieders, tussen aanbieders en ondernemingen, onderscheidenlijk tussen ondernemingen een geschil is ontstaan inzake de nakoming van een op een houder van een vergunning, een aanbieder of een onderneming die openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of openbare elektronische communicatiediensten aanbiedt op grond van een bij of krachtens deze wet rustende verplichting, kan het college op aanvraag van een bij dat geschil betrokken partij het geschil beslechten, tenzij de beslechting van dat geschil op grond van deze wet aan een andere instantie is opgedragen.

[...]

2.2 Op grond van de stukken en het onderzoek ter zitting zijn in deze zaak de volgende feiten en omstandigheden voor het College komen vast te staan.

- Bij brief van 7 augustus 2003 heeft Yarosa OPTA met verwijzing naar artikel 6.3 van de toenmalige Telecommunicatiewet (hierna: Tw 1998) gevraagd regels te stellen die tussen haar en T-Mobile zullen gelden. Yarosa wil dat abonnees van T-Mobile de mogelijkheid krijgen SMS-berichten te verzenden die niet worden verwerkt door de SMS-centrale (hierna: SMS-C) van T-Mobile, maar door een SMS-C die Yarosa met het netwerk van KPN Mobile The Netherlands BV (hierna: KPN) wil verbinden. Yarosa staat voor ogen dat zij de kosten van verwerking van deze SMS-berichten, vermeerderd met een bepaalde opslag, rechtstreeks in rekening brengt bij de abonnees van T-Mobile, waarbij Yarosa T-Mobile een bedrag betaalt per SMS-bericht dat T-Mobile over haar netwerk vervoert om te worden verwerkt door de SMS-C van Yarosa. Voorts wenst Yarosa dat SMS-verkeer, afkomstig van haar SMS-C, door T-Mobile wordt afgeleverd bij haar abonnees. In haar brief van 7 augustus 2003 heeft Yarosa naar voren gebracht dat T-Mobile weigert hieraan medewerking te verlenen en heeft Yarosa OPTA verzocht een voorlopig besluit te nemen.
- Bij brief van 3 oktober 2003 heeft Yarosa haar aanvraag aangevuld.
- Bij brief van 31 oktober 2003 heeft T-Mobile gereageerd op het verzoek van Yarosa.
- Na een hoorzitting op 11 november 2003 heeft OPTA op 28 november 2003 een voorlopig besluit genomen. Bij dit besluit heeft OPTA T-Mobile opgedragen met Yarosa in onderhandeling te treden over het verzoek van Yarosa en heeft OPTA een tijdschema voor deze onderhandelingen vastgesteld.
- Op 4 december 2003 heeft Yarosa T-Mobile een voorstel tot het sluiten van een overeenkomst gedaan.
- Op 9 december 2003 heeft T-Mobile bezwaar gemaakt tegen het besluit van 28 november 2003. Bij brief van 10 december 2003 heeft T-Mobile de gronden van haar bezwaar ingediend.

- Op 11 december 2003 heeft T-Mobile gereageerd op de brief van 4 december 2003 van Yarosa. Vervolgens heeft op 16 december 2003 een bespreking plaatsgevonden en hebben Yarosa en T-Mobile met elkaar gecorrespondeerd.
- Bij brief van 15 januari 2004 heeft T-Mobile OPTA bericht dat de onderhandelingen niet tot een overeenkomst hebben geleid.
- Bij brief van 3 februari 2004 heeft T-Mobile haar standpunt nader uiteengezet.
- Nadat een beroep van T-Mobile tegen het niet tijdig nemen van een beslissing op haar bezwaar door de Rechtbank Rotterdam gegrond was verklaard, heeft OPTA dit bezwaar bij besluit van 5 april 2004 ongegrond verklaard.
- T-Mobile heeft bij de Rechtbank Rotterdam beroep ingesteld tegen het besluit van 5 april 2004. Dit beroep is nog aanhangig.
- Op 19 april 2004 heeft wederom een hoorzitting plaatsgevonden.
- Daartoe in de gelegenheid gesteld door OPTA, hebben T-Mobile (bij brief van 4 juni 2004) en Yarosa (bij brief van 7 juni 2004) hun standpunt kenbaar gemaakt over de betekenis van de inwerkingtreding van de nieuwe Tw voor het tussen hen gerezen geschil.
- Vervolgens heeft OPTA het door beide appellanten bestreden besluit genomen.

3. Het bestreden besluit en de standpunten van partijen

3.1 In haar besluit van 20 juli 2004 heeft OPTA, kort samengevat, het volgende overwogen en beslist.

Niet in geschil is dat T-Mobile aanbieder is van een openbaar elektronisch communicatienetwerk en dat zij de toegang tot eindgebruikers controleert. Evenmin staat ter discussie dat Yarosa elektronische communicatiediensten aanbiedt. De vraag die partijen verdeeld houdt, is of het verzoek van Yarosa, voorzover inhoudende dat abonnees van T-Mobile de mogelijkheid wordt geboden SMS-berichten te verzenden die worden verwerkt door een SMS-C van Yarosa, ertoe strekt eind-tot-eindverbindingen als bedoeld in artikel 6.1, eerste lid, Tw tot stand te brengen.

Blijkens de memorie van toelichting op de Tw (TK 2002-2003, 28 851, nr. 3, blz. 102) wordt onder eind-tot-eindverbindingen verstaan dat eindgebruikers van verschillende netwerken of diensten met elkaar kunnen communiceren en dat eindgebruikers in staat zijn diensten die door andere aanbieders worden aangeboden te bereiken. Het gaat hierbij niet alleen om elektronische communicatiediensten, aldus de memorie van toelichting, maar ook om andere diensten die met behulp van een openbaar elektronisch communicatienetwerk of een openbare elektronische communicatiedienst worden aangeboden, zoals internetdiensten en telefonische informatiediensten. Uit dit gedeelte van de memorie van toelichting blijkt volgens OPTA dat het verzoek van Yarosa ertoe strekt eind-tot-eindverbindingen tot stand te brengen en derhalve moet worden aangemerkt als een verzoek als bedoeld in artikel 6.1, eerste lid, Tw, zodat T-Mobile verplicht is met Yarosa in onderhandeling te treden.

Deze onderhandelingsplicht geldt ook voor de wens van Yarosa dat SMS-verkeer, afkomstig van haar SMS-C, wordt afgeleverd bij abonnees van T-Mobile.

Het standpunt van T-Mobile, inhoudende dat artikel 6.1 Tw een onjuiste implementatie vormt van de Toegangsrichtlijn omdat die richtlijn geen onderhandelingsrecht en -plicht voor dienstenaanbieders bevat, acht OPTA onjuist. Met verwijzing naar de wetsgeschiedenis (EK 2003-2004, 28 851, C, blz. 18-20) wijst OPTA er in haar besluit van 20 juli 2004 op dat de wetgever van oordeel was dat het begrip ondernemingen in artikel 4, eerste lid, en artikel 5, eerste lid, aanhef en onder a, van de Toegangsrichtlijn ook aanbieders van diensten omvat en in het licht van die opvatting duidelijke bepalingen heeft geformuleerd.

Ingevolge artikel 6.2, eerste lid, Tw staat ter beoordeling van OPTA of partijen voldoende hebben onderhandeld over de totstandkoming van een overeenkomst als bedoeld in artikel 6.1, eerste lid, Tw. OPTA beantwoordt deze vraag ontkennend. Beide partijen hebben tijdens de eerdere onderhandelingen onverkort aan hun standpunten vastgehouden, zonder rekening te houden met elkaars belangen. OPTA acht dit in strijd met het uitgangspunt van de Tw dat onderhandelingen moeten worden gevoerd met het oog op het realiseren van een interoperabiliteitsovereenkomst. Omdat OPTA er niet van overtuigd is dat (serieuze) nadere onderhandelingen geen resultaat kunnen opleveren, heeft OPTA T-Mobile en Yarosa opgedragen, met inachtneming van een aantal in dit besluit genoemde uitgangspunten en volgens een bepaald tijdschema, opnieuw met elkaar te onderhandelen over het verzoek van Yarosa.

3.2 Bij brief van 17 augustus 2004 heeft T-Mobile, kort samengevat, de volgende beroepsgronden aangevoerd.

OPTA heeft artikel 6.1 Tw in haar besluit van 20 juli 2004 op onjuiste wijze toegepast. De wens van Yarosa dat abonnees van T-Mobile SMS-berichten kunnen verzenden die niet worden verwerkt door de SMS-C van T-Mobile maar door een SMS-C van Yarosa, is op een lijn te stellen met een verzoek van een carrier(pre)selectaanbieder die verkeer wil ophalen op het vaste netwerk. Niet voor discussie vatbaar is dat onder de Tw 1998 alleen aanbieders met aanmerkelijke marktmacht gehouden waren tot het verlenen van medewerking aan een dergelijk verzoek.

Uit niets blijkt dat is beoogd de op grond van de Tw 1998 bestaande verplichtingen met betrekking tot interconnectie uit te breiden. In de preambule van de Toegangsrichtlijn is expliciet overwogen dat geen wijziging van deze verplichtingen is beoogd, maar handhaving van de bestaande verplichtingen. Hetgeen Yarosa wenst, valt daar niet onder: Yarosa wenst toegang als bedoeld in hoofdstuk 6a Tw. OPTA tracht het verzoek van Yarosa ten onrechte onder de noemer interoperabiliteit te brengen.

Hoewel T-Mobile bereid is op commerciële basis een terminating access dienst aan Yarosa aan te bieden, betwist T-Mobile dat op haar te dien aanzien ingevolge artikel 6.1 Tw een onderhandelingsplicht zou rusten. Zij heeft hiertoe aangevoerd dat de artikelen 4 en 5 van de Toegangsrichtlijn onjuist zijn geïmplementeerd in artikel 6.1 Tw. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Toegangsrichtlijn blijkt volgens T-Mobile dat artikel 4 van deze richtlijn er niet toe strekt een onderhandelingsrecht of -plicht voor dienstenaanbieders in het leven te roepen. Ook artikel 5 van de Toegangsrichtlijn heeft slechts betrekking op netwerkaanbieders en niet mede op dienstenaanbieders. Nu op T-Mobile geen onderhandelingsplicht rust, had OPTA zich onbevoegd moeten verklaren tot kennisneming van het verzoek van Yarosa. Bovendien is OPTA buiten de aanvraag getreden. Yarosa heeft OPTA niet gevraagd onderhandelingsvoorschriften te geven, maar zij heeft OPTA verzocht T-Mobile op grond van artikel 6.2 Tw te verplichten – wat Yarosa ziet als – eind-tot-eindverbindingen tot stand te brengen. Ook T-Mobile heeft OPTA niet gevraagd onderhandelingsvoorschriften te geven. Blijkens artikel 6.1, derde lid, Tw kunnen onderhandelingsvoorschriften alleen op aanvraag worden gegeven. Voorts heeft T-Mobile aangevoerd dat OPTA de op haar rustende consultatieplicht heeft veronachtzaamd en dat het besluit van 20 juli 2004 op verschillende onderdelen niet berust op een deugdelijke motivering.

3.3 Bij brief van 3 september 2004 heeft Yarosa, kort samengevat, de volgende beroepsgronden aangevoerd.

Ten onrechte heeft OPTA Yarosa en T-Mobile opgedragen verder te onderhandelen. Uit alles blijkt dat T-Mobile niet van zins is serieus met Yarosa te onderhandelen. T-Mobile heeft uitdrukkelijk aangegeven niet op vrijwillige basis zaken te zullen doen zolang Yarosa vasthoudt aan haar wens dat uitgaand SMS-verkeer van abonnees van T-Mobile door een SMS-C van Yarosa kan worden verwerkt. In dit licht bezien is de opdracht tot verder onderhandelen onbegrijpelijk en had OPTA in plaats daarvan T-Mobile moeten verplichten de door Yarosa gewenste eind-tot-eindverbindingen tot stand te brengen.

De overweging van OPTA, inhoudende dat T-Mobile in beginsel haar eigen tarieven voor het afleveren van SMS-verkeer bij haar abonnees mag bepalen en hanteren, miskent dat deze tarieven wel redelijk zullen moeten zijn, waarbij kostenoriëntatie als referentie kan dienen. Tarieven die de gemaakte kosten ver te boven gaan, kunnen in beginsel niet als redelijk worden aangemerkt.

3.4 In haar verweerschrift van 17 september 2004 heeft OPTA, kort samengevat, het volgende naar voren gebracht.

Het verzoek van Yarosa strekt tot het tot stand brengen van eind-tot-eindverbindingen. Ieder verzonden SMS-bericht wordt in een SMS-C verwerkt tot een tweede bericht, dat vervolgens wordt doorgezonden aan degene voor wie het is bestemd. Technisch gezien is de SMS-C derhalve het eindpunt van de verbinding die begint bij de verzender van het SMS-bericht en het beginpunt van de verbinding die eindigt bij degene voor wie het SMS-bericht is bestemd. Ook uit ETSI-standaarden blijkt duidelijk dat een SMS-C het eindpunt van een verbinding is en niet slechts een willekeurig onderdeel van een netwerk.

Het standpunt van de Nederlandse wetgever dat de verbinding tussen een eindgebruiker en een dienstenaanbieder een eind-tot-eindverbinding is (TK 2002-2003, 28 851, nr. 3., blz. 105), is hiermee in overeenstemming. Bedoeld standpunt ligt ook voor de hand in het licht van de doelstellingen van het nieuwe regelgevend kader. In punt 6 van de preambule van de Toegangsrichtlijn is expliciet ingegaan op

de specifieke doelstellingen van de verplichtingen in het kader van interoperabiliteit. Voorkomen moet worden dat netwerkaanbieders hun macht, die eruit bestaat dat zij kunnen bepalen wie of wat hun eindgebruikers kunnen bereiken of door wat of wie deze gebruikers bereikt kunnen worden, op onredelijke wijze aanwenden ten nadele van dienstenaanbieders. Het doel van interoperabiliteit is tweeledig: enerzijds moeten eindgebruikers elkaar kunnen bereiken, anderzijds moeten eindgebruikers de diensten van andere aanbieders kunnen bereiken en voor die diensten een keuze kunnen maken. Dit laatste wordt door T-Mobile miskend. Interoperabiliteit van diensten, de titel van hoofdstuk 6 Tw, houdt tevens in dat eindgebruikers diensten van andere aanbieders moeten kunnen aankiezen. T-Mobile is derhalve ingevolge artikel 6.1, eerste lid, Tw verplicht hierover met Yarosa te onderhandelen. De vrees van T-Mobile voor omzetverlies is irrelevant voor het beantwoorden van de vraag of Yarosa een eind-tot-eindverbinding tot stand gebracht wenst te zien. Wat onder een zodanige verbinding moet worden verstaan, is een vraag van technische aard. De door T-Mobile gestelde belangen komen pas in beeld bij de afweging of, indien de onderhandelingen definitief zouden mislukken, T-Mobile een verplichting op grond van artikel 6.2 Tw moet worden opgelegd.

De door T-Mobile gemaakte vergelijking met carrier(pre)selectie is onder het nieuwe regelgevend kader niet meer van belang. Een bepaalde vorm van toegang kan zowel onder artikel 6.1 Tw als artikel 6a.6 Tw vallen. Wat hiervan zij, van belang is slechts of het verzoek van Yarosa strekt tot het tot stand brengen van eind-tot-eindverbindingen, en dat is het geval. Ook in technisch opzicht gaat de vergelijking mank: bij carrier(pre)selectie is sprake van fysieke toegang tot het netwerk van een ander, terwijl Yarosa niet fysiek inpluigt in het netwerk van T-Mobile. Er zijn nog meer verschillen aan te wijzen. Anders dan T-Mobile stelt, omvat het begrip eind-tot-eindverbinding meer dan verbindingen tussen eindgebruikers. OPTA verwijst in dit verband naar de wetsgeschiedenis (TK 2002-2003, 28 851, nr. 3, blz. 105) en het tweeledige doel van artikel 6.1, eerste lid, Tw.

Artikel 6.1 Tw vormt een juiste implementatie van de artikelen 4 en 5 van de Toegangsrichtlijn. Ingevolge deze richtlijn moeten de nri's aan ondernemingen die de toegang tot eindgebruikers controleren verplichtingen kunnen opleggen om eind-tot-eindverbindingen te waarborgen. Deze bevoegdheid is niet beperkt tot gevallen waarin een netwerkexploitant om een dergelijke verbinding verzoekt. Uit artikel 4 van de richtlijn blijkt niet dat uitsluitend een netwerkexploitant om onderhandelingen kan verzoeken. Uit punt 6 van de preambule van de Toegangsrichtlijn blijkt duidelijk dat de Europese wetgever ervan uitgaat dat ook ten behoeve van aanbieders van elektronische communicatiediensten onderhandelingen en verplichtingen kunnen worden opgelegd.

OPTA weersprekt dat het besluit van 20 juli 2004 niet berust op een deugdelijke motivering.

Dat Yarosa OPTA heeft gevraagd T-Mobile te verplichten eind-tot-eindverbindingen tot stand te brengen, laat onverlet dat uitgangspunt is dat partijen eerst serieus moeten proberen er samen uit te komen. De opdracht (verder) te onderhandelen is in overeenstemming met de strekking van de Tw. OPTA is derhalve niet buiten de aanvraag getreden, terwijl ook de grief van Yarosa, inhoudende dat geen onderhandelingsplicht mocht worden opgelegd, ongegrond is. Van partijen mag worden verlangd serieus te onderhandelen voordat OPTA verplichtingen op grond van artikel 6.2 Tw oplegt.

In het stadium van onderhandelingen is een verplichting tot consultatie nog niet aan de orde.

De grief van Yarosa met betrekking tot tarieven miskent dat OPTA geen tarieven heeft vastgesteld, maar slechts enkele uitgangspunten heeft meegegeven voor de verdere onderhandelingen.

3.5 Bij brief van 27 september 2004 heeft T-Mobile geconcludeerd tot ongegrondverklaring van het beroep van Yarosa. Yarosa heeft bij brief van 27 september 2004 op haar beurt geconcludeerd tot ongegrondverklaring van het beroep van T-Mobile en haar standpunt dat verdere onderhandelingen zinloos zijn herhaald.

3.6 Ter zitting van het College hebben partijen hun standpunt nader uiteengezet.

4. De beoordeling van de beroepen

4.1 Het College zal allereerst ingaan op de grief van T-Mobile, inhoudende dat OPTA haar ten onrechte met verwijzing naar artikel 6.1, eerste lid, Tw gehouden acht te onderhandelen over het tweeledige verzoek van Yarosa.

4.1.1 In het kader van de parlementaire behandeling van de Tw heeft de Minister van Economische Zaken onder meer het volgende opgemerkt (TK 2002-2003, 28 851, nr. 7, blz. 33).

Bij interoperabiliteit gaat het erom dat twee aanbieders A en B er voor zorgen dat hun respectievelijke klanten met elkaar kunnen communiceren. Interoperabiliteit is er dus op gericht dat klanten van A kunnen communiceren met klanten van B en omgekeerd. Naast communiceren met klanten van B kan interoperabiliteit er ook op gericht zijn dat diensten van op het netwerk van B aangesloten aanbieders door de klanten van A kunnen worden bereikt. Zeer wezenlijk is dat een aanbieder zich alleen op interoperabiliteit kan beroepen indien dat als doel heeft om de communicatiemogelijkheden of bereikbaarheidsmogelijkheden voor zijn eigen gebruikers te verbeteren. Het gaat er bij interoperabiliteit dus uitdrukkelijk niet om dat A op verzoek van B zijn netwerk beschikbaar stelt, zodat B zijn diensten kan aanbieden aan de klanten van A. B handelt dan immers niet in het belang van zijn eigen gebruikers, maar primair om de exploitatie van zijn dienst uit te breiden.

Blijkens deze passage uit de nota naar aanleiding van het verslag en gezien het feit dat deze passage in het parlement niet op kritiek is gestuit, kan een aanbieder zich in de opvatting van de Nederlandse wetgever alleen op interoperabiliteit beroepen als dat geschiedt met het doel de communicatie- of bereikbaarheidsmogelijkheden voor zijn eigen gebruikers te verbeteren. Dit wordt bevestigd in de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer (EK 2003-2004, 28 851, C, blz. 19), waar over de in artikel 6.1 Tw vervatte verplichting tot onderhandelen onder meer het volgende is opgemerkt: 'Deze verplichting is er op gericht om interoperabiliteit van diensten tot stand te brengen als een aanbieder van een openbare elektronische dienst voor zijn klanten de communicatiemogelijkheden of de dienstverlening wil verbeteren. Hij wil dat zijn klanten kunnen communiceren met eindgebruikers die hebben gekozen voor andere aanbieders.'

4.1.2 Naar het oordeel van het College kan niet met vrucht worden betoogd dat het verzoek van Yarosa strekt tot verbetering van de communicatie- of bereikbaarheidsmogelijkheden van haar eigen klanten. Hiertoe wordt het volgende overwogen.

De wens van Yarosa, inhoudende dat abonnees van T-Mobile SMS-berichten kunnen verzenden die worden verwerkt door de SMS-C van Yarosa en niet door de SMS-C van T-Mobile, heeft geen betrekking op de communicatiemogelijkheden van de eigen klanten van Yarosa, maar op het verzenden van SMS-berichten door abonnees van T-Mobile.

Wat betreft de bereikbaarheid van de eigen klanten van Yarosa is van belang dat deze klanten al bereikbaar zijn voor abonnees van T-Mobile. Dat SMS-berichten, verzonden door abonnees van T-Mobile, de klanten van Yarosa uitsluitend kunnen bereiken via de SMS-C van T-Mobile, doet hier niet aan af. Afgezien daarvan valt niet zonder meer in te zien dat voor de klanten van Yarosa van belang zou zijn langs welke weg dergelijke SMS-berichten hen bereiken. Voorzover Yarosa ter zitting van het College heeft willen betogen dat haar SMS-C een betere bereikbaarheid voor haar eigen klanten kan garanderen dan de SMS-C van T-Mobile, is dit betoog volstrekt onvoldoende onderbouwd.

Bovendien betekent interoperabiliteit in de opvatting van de Nederlandse wetgever, zoals blijkt uit voormelde citaten, niet dat T-Mobile op verzoek van Yarosa haar netwerk beschikbaar zou moeten stellen, opdat Yarosa haar diensten kan aanbieden aan de klanten van T-Mobile. Yarosa zou dan immers – in de woorden van de nota naar aanleiding van het verslag – niet handelen in het belang van haar eigen gebruikers, maar primair om de exploitatie van haar dienst uit te breiden. Naar het oordeel van het College doet laatzitbedeelde situatie zich hier voor. Yarosa wil SMS-berichten, afkomstig van abonnees van T-Mobile, gaan verwerken in een eigen SMS-C en met deze activiteit winst behalen. Uit niets blijkt dat Yarosa deze dienst in het belang van haar klanten wil aanbieden en niet om haar eigen activiteiten uit te breiden en daarmee winst te behalen.

4.1.3 De wens van Yarosa, inhoudende dat T-Mobile SMS-verkeer dat afkomstig is van de SMS-C van Yarosa aflevert bij haar (T-Mobile's) abonnees, heeft geen betrekking op de bereikbaarheidsmogelijkheden

van de eigen klanten van Yarosa, maar op de bereikbaarheid van abonnees van T-Mobile.

Wat betreft de communicatiemogelijkheden van de eigen klanten van Yarosa is van belang dat, naar tussen partijen niet in geschil is, deze klanten de abonnees van T-Mobile zullen kunnen bereiken indien de verbinding van de SMS-C van Yarosa met het netwerk van KPN eenmaal is gerealiseerd. In dit verband is van belang dat KPN SMS-verkeer dat afkomstig is van de SMS-C van Yarosa alsdan over haar netwerk zal moeten vervoeren, terwijl tussen de netwerken van KPN en T-Mobile al interconnectie bestaat. Met andere woorden, als de SMS-C van Yarosa eenmaal in werking is, zal het mogelijk zijn van deze SMS-C afkomstig SMS-verkeer af te leveren bij de abonnees van T-Mobile en kunnen de klanten van Yarosa SMS-berichten verzenden naar abonnees van T-Mobile.

Ook in dit verband is mitsdien geen sprake van een situatie waarin Yarosa aantoonbaar – in de woorden van de nota naar aanleiding van het verslag – handelt in het belang van (het verbeteren van de bereikbaarheids- en communicatiemogelijkheden van) haar eigen klanten. Veeleer lijkt zij te beogen de winstgevendheid van haar dienst te vergroten.

4.2 Bij het beantwoorden van de vraag hoe artikel 6.1, eerste lid, Tw moet worden uitgelegd, is ook het nieuwe Europese regelgevend kader inzake telecommunicatie van belang. In de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer is over artikel 6.1 Tw onder meer het volgende opgemerkt (EK 2003-2004, 28 851, C, blz. 19): 'Met deze bepaling wordt uitvoering gegeven aan artikel 4, eerste lid, en artikel 5, eerste lid, aanhef en onderdeel a van de Toegangsrichtlijn.'

Het College dient derhalve te beoordelen of artikel 6.1, eerste lid, Tw in het licht van artikel 4, eerste lid, of artikel 5, eerste lid, aanhef en onder a, van de Toegangsrichtlijn zo moet worden uitgelegd dat T-Mobile verplicht is met Yarosa te onderhandelen over het verzoek van Yarosa.

4.2.1 Artikel 4 van de Toegangsrichtlijn draagt het opschrift 'Rechten en verplichtingen van ondernemingen'. In het eerste lid van dit artikel is bepaald dat exploitanten van openbare communicatienetwerken gerechtigd en, wanneer hun daarom wordt verzocht door daartoe gemachtigde ondernemingen, verplicht zijn te onderhandelen over interconnectie met het doel algemeen beschikbare elektronische communicatiediensten aan te bieden, teneinde de verlening en de interoperabiliteit van de diensten in de gehele Gemeenschap te waarborgen.

De in artikel 4, eerste lid, van de Toegangsrichtlijn vervatte onderhandelingsplicht heeft dus betrekking op interconnectie. Blijkens artikel 2, aanhef en onder b), van deze richtlijn – en het hierop gebaseerde artikel 1.1, eerste lid, aanhef en onder m, Tw – is interconnectie een specifiek type toegang dat wordt gerealiseerd tussen exploitanten van openbare netwerken. Dit vormt een duidelijke aanwijzing dat de zinsnede 'daartoe gemachtigde ondernemingen' in artikel 4, eerste lid, van de Toegangsrichtlijn verwijst naar exploitanten van openbare netwerken. Steun voor dit oordeel kan worden gevonden in punt 8 van de preambule van de Toegangsrichtlijn, waar de onderhandelingsplicht eveneens in verband wordt gebracht met netwerk-exploitanten. Yarosa exploiteert geen openbaar netwerk, maar zij biedt enkel diensten aan, hetgeen erop duidt dat zij aan artikel 4 van de Toegangsrichtlijn geen onderhandelingsrecht kan ontleen.

4.2.2 Het College acht in dit verband voorts van belang dat uit punt 8 van de preambule van de Toegangsrichtlijn kan worden opgemaakt dat het de bedoeling is dat de bestaande rechten en verplichtingen met betrekking tot het voeren van onderhandelingen over interconnectie worden gehandhaafd. Gezien deze overweging ligt niet voor de hand dat met artikel 4, eerste lid, van de Toegangsrichtlijn zou zijn beoogd een verdergaande onderhandelingsplicht inzake interconnectie in het leven te roepen dan de onderhandelingsplicht die voordien gold op grond van (de per 25 juli 2003 ingetrokken) Richtlijn 97/33/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 inzake interconnectie op telecommunicatiegebied, wat betreft de waarborging van de universele dienst en van de interoperabiliteit door toepassing van de beginselen van Open Network Provision (ONP) (hierna: Interconnectierichtlijn; Pb 1997, L 199, blz. 32; nadien gewijzigd).

In artikel 4, eerste lid, van de Interconnectierichtlijn werd, voorzover hier van belang, bepaald dat de organisaties die gerechtigd zijn openbare telecommunicatienetwerken en/of algemeen beschikbare tele-

communicatiediensten als vermeld in bijlage II te verstrekken, het recht en, indien organisaties in die categorie daarom verzoeken, de plicht hebben met elkaar over interconnectie te onderhandelen om de betreffende netwerken en diensten te kunnen verstrekken, zodat die verstrekking in de gehele Gemeenschap kan worden gewaarborgd. Interconnectie was in artikel 2, eerste lid, aanhef en onder a), van de Interconnectierichtlijn gedefinieerd als het fysiek en logisch verbinden van telecommunicatienetwerken die door dezelfde of een andere organisatie worden gebruikt om het de gebruikers van een organisatie mogelijk te maken te communiceren met die van dezelfde of van een andere organisatie of toegang te hebben tot diensten die door een andere organisatie worden verstrekt.

Om de wensen van Yarosa te realiseren, is geen fysieke en logische verbinding van telecommunicatienetwerken als bedoeld in artikel 2, eerste lid, aanhef en onder a), van de Interconnectierichtlijn noodzakelijk die nog niet is gerealiseerd onderscheidenlijk afgedwongen door Yarosa. Tussen de netwerken van T-Mobile en KPN bestaat al interconnectie, terwijl Yarosa naar eigen zeggen heeft afgedwongen dat zij haar SMS-C mag verbinden met het netwerk van KPN. Deze verbindingen volstaan om het de eigen klanten van Yarosa mogelijk te maken SMS-berichten te verzenden aan de abonnees van T-Mobile en om de abonnees van T-Mobile in staat te stellen SMS-berichten te verzenden naar de SMS-C van Yarosa, zij het niet langs de door Yarosa gewenste weg. Het onderhavige verzoek van Yarosa kan dan ook niet geacht worden te strekken tot het tot stand brengen van interconnectie als bedoeld in de Interconnectierichtlijn, zodat met betrekking tot dit verzoek ook onder de gelding van de Interconnectierichtlijn geen onderhandelingsplicht gold.

4.2.3 Het College ziet derhalve geen grond voor het oordeel dat artikel 6.1, eerste lid, Tw in het licht van artikel 4, eerste lid, van de Toegangsrichtlijn zo moet worden uitgelegd dat op T-Mobile de plicht rust te onderhandelen over het hierboven in § 4.1 bedoelde verzoek van Yarosa.

4.2.4 Vervolgens staat ter beoordeling of artikel 6.1 Tw in het licht van artikel 5, eerste lid, aanhef en onder a), van de Toegangsrichtlijn zo moet worden uitgelegd dat T-Mobile verplicht is met Yarosa te onderhandelen over hetgeen Yarosa wenst. Het College beantwoordt deze vraag ontkennend en overweegt hiertoe het volgende.

4.2.5 Artikel 5 van de Toegangsrichtlijn draagt het opschrift 'Bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de nationale regelgevende instanties met betrekking tot toegang en interconnectie'. In het eerste lid van dit artikel is bepaald dat de nationale regelgevende instanties (hierna: nri's) met het oog op de doelstellingen van artikel 8 van Richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn) passende toegang en interconnectie, alsook interoperabiliteit van diensten bevorderen en waar nodig waarborgen, waarbij zij hun bevoegdheid uitoefenen op een wijze die bevorderlijk is voor efficiëntie en duurzame concurrentie en die de eindgebruikers het grootste voordeel biedt. De nri's moeten in het bijzonder, voorzover hier van belang – artikel 5, eerste lid, onder a), van de richtlijn –, verplichtingen kunnen opleggen, voorzover noodzakelijk om eind-tot-eindverbindingen te waarborgen, aan ondernemingen die de toegang tot de eindgebruikers controleren; hetgeen in gevallen waarin zulks gerechtvaardigd is ook de verplichting inhoudt om te zorgen voor interconnectie van hun netwerken waar dat niet reeds gebeurd is.

In artikel 5, eerste lid, aanhef en onder a), van de Toegangsrichtlijn is derhalve beschreven hetgeen de nri's moeten bevorderen en waar nodig waarborgen, op welke wijze zij hun bevoegdheden moeten uitoefenen en over welke bevoegdheden deze instanties 'in het bijzonder' moeten beschikken. Aan deze bepaling zou eventueel uitvoering gegeven kunnen worden door wetgeving tot stand te brengen die marktpartijen in een situatie als de onderhavige verplicht tot het voeren van onderhandelingen, maar, zoals in § 4.1.1 van deze uitspraak is uiteengezet, heeft de Nederlandse wetgever dat niet gedaan. Artikel 5 van de Toegangsrichtlijn verplichtte daartoe ook niet.

4.3 Het vorenoverwogene leidt het College tot de slotsom dat T-Mobile zich terecht op het standpunt stelt dat op haar niet op grond van artikel 6.1, eerste lid, Tw de verplichting rust te onderhandelen over het verzoek van Yarosa. Bij gebreke van deze verplichting had OPTA niet de mogelijkheid, op grond van artikel 6.1, derde lid, Tw onderhandelingsvoorschriften te geven.

4.4 Vervolgens zal het College ingaan op het beroep van Yarosa.

4.4.1 De eerste beroepsgrond van Yarosa behelst dat OPTA geen onderhandelingsvoorschriften had moeten geven, maar T-Mobile op grond van artikel 6.2, eerste lid, Tw had moeten verplichten de wensen van Yarosa te realiseren.

Zoals uit het voorgaande blijkt, is het College van oordeel dat geen sprake is van een situatie, waarin T-Mobile op grond van artikel 6.1, eerste lid, Tw verplicht is met Yarosa te onderhandelen. Uitgaande van dit oordeel kan OPTA aan het bepaalde in artikel 6.1, derde lid, en 6.2, eerste lid, Tw niet de bevoegdheid ontleen enige verplichting aan T-Mobile (of Yarosa) op te leggen, omdat beide bepalingen aanknopen bij de in artikel 6.1, eerste lid, Tw neergelegde onderhandelingsplicht. Uitsluitend het bepaalde in artikel 6.2, tweede lid, Tw kan in een geval waarin geen onderhandelingsplicht bestaat wellicht een grondslag vormen om aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken of openbare elektronische communicatiediensten die daarbij de toegang tot eindgebruikers controleren, verplichtingen op te leggen.

Volgens de door de gemachtigde van Yarosa op 7 juni 2004 aan OPTA gezonden brief moest haar verzoek onder het nu geldende recht worden begrepen als een verzoek om toepassing van artikel 6.2, eerste lid, Tw. Gelet hierop is dit verzoek op zichzelf terecht afgewezen. OPTA heeft deze afwijzing in haar besluit van 20 juli 2004 echter ten onrechte niet gebaseerd op de overweging dat geen onderhandelingsverplichting bestond, doch op de overweging dat aan de bestaande onderhandelingsverplichting nog onvoldoende uitvoering was gegeven. Het bestreden besluit berust dan ook in strijd met artikel 3:46 Awb niet op een deugdelijke motivering.

4.5 Het College zal gelet op het voorgaande de beroepen van T-Mobile en Yarosa gegrond verklaren en het bestreden besluit vernietigen wegens strijd met artikel 6.1 Tw en artikel 3:46 Awb.

4.5.1 Het College zal OPTA opdragen, met inachtneming van deze uitspraak opnieuw te beslissen op de aanvraag van Yarosa.

Het College zal bepalen dat het door T-Mobile en Yarosa betaalde griffierecht van € 273,- door OPTA aan ieder van hen wordt vergoed. Het College zal OPTA voorts veroordelen in de proceskosten van T-Mobile en van Yarosa in de zaak waarin zij als appellante zijn opgetreden. Voor het optreden als derde partij wordt geen vergoeding toegekend. Met inachtneming van het Besluit proceskosten bestuursrecht worden deze kosten vastgesteld op € 644,- voor T-Mobile en voor Yarosa. Dit bedrag is opgebouwd uit één punt ter waarde van € 322,- voor het beroepsschrift en één punt voor het verschijnen ter zitting.

5. De beslissingen

Het College:

- verklaart de beroepen gegrond;
- vernietigt het besluit van 20 juli 2004;
- draagt OPTA op, met inachtneming van deze uitspraak opnieuw te beslissen op de aanvraag van 7 augustus 2003 van Yarosa;
- bepaalt dat het door T-Mobile en Yarosa betaalde griffierecht van € 273,- (zegge: tweehonderddrieënzestig euro) door OPTA aan ieder van hen wordt vergoed;
- veroordeelt OPTA in de proceskosten van T-Mobile en van Yarosa, vastgesteld op € 644,- (zegge: zeshonderdvierenveertig euro) voor ieder van hen.

Aldus gewezen door mr. C.M. Wolters, mr. C.J. Borman en mr. W.E. Doolaard, in tegenwoordigheid van mr. B. van Velzen als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 24 november 2004.

Zie de bijdrage van C.E. Schillemans in Mediaforum 2005-2 en de reactie en het naschrift in dit nummer, red.